Rechtsbeziehungen
zwischen Produzentenvereinigungen u. Abnehmern
sowie deren Vereinigungen, erläutert am Beispiel
der deutschen Linoleum-Industrie.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität
Erlangen

vorgelegt von

Max Diepers
aus Krefeld.

Approbiert am 5. Februar 1931.

Krefeld
Buchdruckerei Joh. van Acken
1931

1932:168

Referent:
Univ.-Professor Dr. Liermann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung 7

§ 1. Die Entstehung der wirtschaftlichen Vereinigungen 7

I. Teil. Die Grundtypen der wirtschaftlichen Vereinigungen 9

§ 2. Die wirtschaftlichen Vereinigungen im Sprachgebrauch 9

§ 3. Die Grundsätze der Systematisierung . . 10

§ 4. Die Grundtypen im einzelnen 10

a) das Kartell 10

b) die kapitalistischen Verflechtungsgemeinschaften 11

§ 5. Die Rechtsform der wirtschaftlichen Vereinigungen 13

a) im allgemeinen . . . . . .

b) das Kartell . . . . . .

1. ohne Rechtspersönlichkeit . . .

2. als juristische Person . . . .

3. als Doppelgesellschaft . . . .

c) die Abnehmervereinigungen . . . .

II. Teil. Die Rechtsbeziehungen zwischen Produzentenverband und Kundschaft 17

§ 6. Die Geschäftsbedingungen als Grundlage der rechtlichen Beziehungen zwischen Produzent und Abnehmer 17

a) allgemeine Erörterungen . . . .

b) die Geschäftsbedingungen als Mittel des Organisationszwangs . . . . .

§ 7. Die wirtschaftliche und rechtliche Zulässigkeit des Organisationszwangs 18

§ 8. Der Rechtsschutz gegen den Organisationszwang

a) auf strafrechtlichem Gebiet 21

b) auf zivilrechtlichem Gebiet . . . .

§ 9. Die Grundsatzrechtsprechung des Reichsgerichts 24

III. Teil. Die rechtliche Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen Produzentenverband und Kundschaft bis zum Erlaß der Kartellverordnung . . 28

§ 10. Die Umsatzbonifikation 28

§ 11. Das Treurabattsystem 29
a) der einfache Treurabatt . . . .
b) der Treuverpflichtungsvertrag . . .
c) der sogenannte zurückgestellte Rabatt .
§ 12. Die Exklusivklausel 36
§ 13. Der Exklusivvertrag 39
a) allgemeine Wirkungen . . . . .
b) der Kontrahierungszwang . . . .
c) das Schiedsverfahren . . . . .
IV. Teil. Die rechtliche Beurteilung der Beziehungen zwischen Produzentenvereinigungen und Abnehmern nach den Bestimmungen der Kartellverordnung 50
§ 14. Die Bestimmungen der §§ 1, 4 und 9 . . 50
§ 15. Die Ausdehnung der Kartellaufsicht auf alle wirtschaftlichen Vereinigungen und Einzelunternehmungen gemäß § 10 der Verordnung 64
§ 16. Verhältnis der Kartellverordnung zu den allgemeinen Rechtsvorschriften 67
V. Teil 70
§ 17. Die Verhältnisse in der deutschen Linoleumindustrie als Beispiel 70

Literatur-Verzeichnis.

Bauer: Die rechtliche Struktur der Trusts. 1927.
Baumgarten-Meschleny: Kartelle und Trusts. 1906.
v. Beckerath: Die Kartelle der deutschen Seidenindustrie. 1911.
Blum: Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts. 1926.
Bonikowsky: Einfluß der industriellen Kartelle auf den Handel. 1906.
Brodmann: Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz. 1924.
Delbanco: Kartell- und Konzernrecht. 1924.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1922.
Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1930.
Ferdinand: Die Kartelle der Kohlenproduzenten und Händler und die Gegenbewegung der Verbraucher. 1925.
Flechtheim: Die rechtliche Organisation der Kartelle. 1923.
Frank: Reichsstrafgesetzbuch. 1911.
Freudenthal: Kommentar zur ZPO. 3. Aufl.
Friedlaender: Das Kartellaufsichtsgesetz. 1924.
Friedlaender: Praxis des geltenden Kartellrechts; in Jur. Wochenschrift. 1928.
Gaul: Aeußerer Organisationszwang bei Kartellen. 1928.
Gerland: Deutsches Reichsstrafgesetzbuch. 1922.
Gierke: Handels- und Schiffahrtsrecht. 1929.
Goldbaum: Kartellrecht und Kartellgericht. 1926.
Goldbaum: Unlauterer Wettbewerb zum Wohle der Allgemeinheit; in Leipziger Zeitschrift. 1927.
Gruntzel: Die wirtschaftliche Konzentration. 1928.
Hausmann: Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen. 1926.
Haußmann-Hollaender: Kartell-Verordnung. 1925.
Hempfing: Kartell-Verordnung. 1930.
Isay: Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht. 1922.
Isay: Kontrahierungszwang für Monopole in Kartellrundschau. 1929.
Isay-Nipperdey: Reform des Kartellrechts. 1929.
Isay-Tschierschky: Kartell-Verordnung. 1925.
Kestner: Organisationszwang. 1912.
Kestner-Lehnich: Organisationszwang. 1927.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. 6. Aufl.
Kreß: Allgemeines Schuldrecht. 1929.
Kullmann: Die Kartellverordnung und der Verstoß gegen die guten Sitten; in Kartellrundschau. 1929.
Lehnich: Kartelle und Staat. 1928.
Lehnich-Fischer: Das Kartellgesetz. 1924.
Liefmann: Kartelle und Trusts. 1924.

Liefmann: Kartelle, Konzerne, Trusts. 1927.
Liefmann: Unternehmungsformen. 1928.
Lindemann-Soergeld: Kommentar zum BGB. 1928.
Lucae: Außenseiter von Kartellen. 1929.
Mayer-Alberti: Der Treurabatt; in Jur. Wochenschrift. 1924.
Maschke: Boykott, Sperre und Aussperrung. 1911.
Naumann: Neudeutsche Wirtschaftspolitik. 1911.
Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. 1920.
Nußbaum: Schiedsgerichte und Rechtsordnung in Jur. Wochenschrift. 1926.
Ohlshausen: Kommentar zum StGB. 10. Aufl.
Rheinbek: Kartellverordnung und Seeschiffahrtsverbände in Kartellrundschau. 1925.
Runge: Schutz des redlichen Wettbewerbs in Leipziger Zeitschrift. 1928.
Schmidt: Die Kartellverordnung und der Verstoß gegen die guten Sitten; in Kartellrundschau. 1929.
Scholz: Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz. 1928.
Silberberg: Handbuch des deutschen Kartellrechts. 1910.
Spiero: Das Recht der Syndikate. 1924.
Staub: Kommentar zum HGB. 9. Aufl.
Derselbe 12. und 13. Aufl.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl.
Steffani: Die zivilrechtliche Stellung der Verkaufsstellen bei Kartellen. 1927.
Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. 12. und 13. Aufl.
Stein: Grundriß des Zivil-Prozeßrechts. 1924.
Stroinsky: Ist der Kartellvertrag durch die Kartellverordnung zu einem Vertrag eigener Art geworden? 1927.
Tschierschky: Kartellorganisation. 1928.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 1930.
Wiedersum: Die Sperrechtsprechung des Kartellgerichts; in Schriften der Kartellstelle des Reichsverbandes der deutschen Industrie. 1930.
Wiedersum: Zweifelsfragen im Kartellrecht; in Zentralblatt für Handelsrecht. 1926.
Denkschrift des Reichswirtschaftsministeriums des Innern. 1902/06.
Schriften der Kartellstelle des Reichsverbandes der deutschen Industrie.
Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts, herausgegeben von der Kartellstelle des Reichsverbandes der deutschen Industrie.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Neumanns Jahrbuch des deutschen Rechts. 1924—1929.

Einleitung.

§ 1. Die Entstehung der wirtschaftlichen Vereinigungen.

Als die moderne Industrieentwicklung im Ausgang des 18. Jahrhunderts in England einsetzte, glaubte man, daß die ungebundenste Konkurrenz und der uneingeschränkteste Individualismus in der Wirtschaft das Wirtschaftsprinzip sei, bei dem sich die gesamte Volkswirtschaft am besten entwickeln könne. Aber sehr bald mußte man einsehen, welche ungeheuren Schäden das berüchtigte Schlagwort „Laissez faire, laissez passer" im wirtschaftlichen und sozialen Leben der Völker herbeiführte. Die erschreckenden Folgen zeigten sich am ersten und empfindlichsten bei dem damals erst aufkommenden vierten Stand, den Fabrikarbeitern. Hier trat auch infolgedessen der Rückschlag am frühesten und schärfsten ein. In nicht allzu langer Zeit vollzog sich der Uebergang von dem bisher so verherrlichten Individualismus zu seinem krassesten Gegenteil, dem Sozialismus; er führte zur Gründung von Gewerkschaften, Tarifverträgen, Schlichtungswesen usw. Eine ähnliche Wandlung sehen wir beim Handwerk, das, losgelöst von dem Jahrhunderte alten Zunftzwang, die Gewerbefreiheit zuerst mit Jubel begrüßt hatte; doch bald folgte diesem Begeisterungstaumel die kalte Ernüchterung, heute steht das Innungswesen wieder in vollster Blüte. Am längsten hielt die Industrie kraft ihrer starken, wirtschaftlichen Macht und sozialen Ungebundenheit an dem Grundsatz des Manchestertums fest, daß nur die freieste Wirtschaft Erfolge zeitigen werde. Doch am Ende des letzten Jahrhunderts hatten in vielen Industrien schon die oft wiederkehrenden Absatzkrisen und die damit verbundene Arbeitslosigkeit und wirtschaftlichen Zusammenbrüche die Erkenntnis gebracht, daß der uneingeschränkte Konkurrenzkampf, wie das Manchestertum ihn lehrte, nicht nur die Existenz des einzelnen, sondern die der ganzen Privat- und Volkswirtschaft erschüttern würde. Man zog die Lehre daraus, und so kam es schon lange vor dem Weltkrieg in sehr vielen Industriezweigen zu wirtschaftlichen Zusammenschlüssen. Heute gibt es wohl kaum noch eine Industrie, die nicht irgend welche Vereinigungen aufzuweisen hat. Selbst in England, wo das Prinzip der freien Wirtschaft Jahrhunderte lang fast uneingeschränkt herrschte, hat man sich der Erkenntnis nicht verschließen können, daß der

wilde Konkurrenzkampf eine ungesunde Erscheinung im Wirtschaftsleben der Völker ist. Nicht nur in der Industrie hat man sich zusammengeschlossen, vielmehr kann man es unter solchen Umständen auch dem Handel nicht verübeln, wenn auch er sich zu Verbänden zusammengeschlossen hat, um so eine Einheitsfront zu bilden im Kampfe gegen die mächtigen industriellen Konzentrationen. So sind heute sowohl Produzenten wie Abnehmer in den verschiedenartigsten Vereinigungen zusammengeschlossen. Die Grundtypen dieser Zusammenschlüsse, ihre Rechtsform und ihre gegenseitigen Beziehungen im Verhältnis zur bestehenden Rechtsordnung sollen Inhalt der vorliegenden Abhandlung sein.

I. Teil.

Die Grundtypen der wirtschaftlichen Vereinigungen.

§ 2. Die wirtschaftlichen Vereinigungen im Sprachgebrauch.

Mit der Abkehr vom Prinzip der gebundenen Wirtschaft entstanden im freien Spiel der wirtschaftlichen Kräfte die verschiedenartigsten Vereinigungen, Verschmelzungen, Verflechtungen handelsrechtlicher Gesellschaften; es ist eine bunte Welt von Verträgen und Abmachungen, welche die verschiedenen Stufen des Produktionshergangs und des Absatzes durchlaufen. Den Erscheinungsformen in ihrer verwirrenden Fülle entsprechen die mannigfaltigen Begriffe, mit denen man die wirtschaftlichen Zusammenfassungen im Laufe der Zeit benannt hat. Seit Jahrzehnten kennt die deutsche Wirtschaft Kartelle, Syndikate, Konzerne, Trusts usw., doch wurde mit diesen Begriffen nicht die Vorstellung einer genau umgrenzten Konzentrationsform verbunden. Der Sprachgebrauch war in der Anwendung obengenannter Bezeichnungen sehr ungenau und willkürlich. So sprach man von einem Syndikat bei einer Unternehmerzusammenfassung, die sämtliche Merkmale des Kartells aufwies. Diese Ungenauigkeit besteht bis auf den heutigen Tag; das Rheinisch-Westfälische Kohlensyndikat ist nicht schlechthin das Kartell der Zechenbesitzer, obwohl man unter dieser Bezeichnung den Produzentenverband versteht; das Syndikat ist lediglich das Verkaufskontor des Kartells. Eine weitaus größere Verwirrung ist durch die Begriffe „Konzerne und Trusts“ in die Terminologie der wirtschaftlichen Verbände hineingekommen. Es sind dies Erscheinungen, welche dem englischen und amerikanischen Wirtschaftsleben entnommen sind, doch verbindet man in Deutschland damit oft die Vorstellung völlig anders gearteter Erscheinungen der wirtschaftlichen Konzentration. Wie sehr oft ein Begriff im Laufe der Jahrzehnte seinem Inhalt nach Aenderungen unterworfen war, dafür mag nur die Vereinigung der großen deutschen chemischen Werke, die „J. G. Farben“, ein Beispiel sein, die gewiß einen Zusammenschluß darstellt, der keineswegs mehr dem heutigen Begriff der Interessengemeinschaft entspricht. Ebenso sprach man von einem Linoleum-Trust, als eine Vereinigung in dieser Form noch gar nicht bestand. Es ist äußerst schwierig, eine genaue Abgrenzung der wirtschaft-

lichen Zusammenschlüsse untereinander zu finden. Auch die Gesetzgebung kann in diesen terminologischen Schwierigkeiten keine Abhilfe schaffen, es gibt keine Legaldefinition für die einzelnen Begriffe, was seinen Grund darin hat, daß die rechtlichen Begriffsbildungen den wirtschaftlichen Gestaltungen stets nachhinken.

§ 3. Grundsätze der Systematisierung.

Für das praktische Wirtschaftsleben sind die terminologischen Schwierigkeiten ohne Bedeutung und Interesse. Für die rechtliche Klarstellung der zahlreichen Probleme dagegen ist eine schärfere Unterscheidung naturgemäß unentbehrlich. Bei dem in der Wissenschaft gemachten Versuch, eine gewisse Terminologie herauszubilden, ging man von den verschiedensten Gesichtspunkten aus. So trennte man beispielsweise die nur teilweisen von den vollständigen Zusammenschlüssen.[1]) Ein anderer Gesichtspunkt war die Einteilung nach horizontaler und vertikaler Richtung, indem man unter der horizontalen Konzentration nur Verbände gleicher Art und Stufe, unter vertikaler dagegen die Verbände verstand, welche die verschiedenen Stufen des Produktionshergangs bis zum Absatz umfaßten.[2]) Doch ist auch diese, wie die erstgenannte Einteilung, eine unvollständige, das Wesen der Verbände nicht klar genug dartuende. Man denke nur an ein Fertigungskartell, was einer vertikalen Konzentration sehr nahe kommen kann und damit die Grenzen zwischen vertikaler und horizontaler Vereinigung verwischt. Als zweckmäßig erscheint bei der Systematisierung der Gedanke, das Merkmal der Vermögenszusammenfassung in den Vordergrund zu stellen. Hiervon ausgehend, kann man die wirtschaftlichen Zusammenschlüsse in zwei Gruppen teilen: solche, die als Charakteristikum eine Vermögenszusammenfassung aufweisen, und solche, bei denen das kapitalistische Moment nicht wesentlich ist. Zu den ersteren gehören der Trust, die Interessengemeinschaft und der Konzern, während das Kartell man als eine rein genossenschaftliche Vereinigung bezeichnen kann. Doch werden auch bei dieser Einteilung die Grenzen der Erscheinungsarten immer flüssig und damit die Begriffe recht verschwommen bleiben.[3])

§ 4. Die Grundform im einzelnen.

Die Schwierigkeit des ganzen Problems liegt in der Abgrenzung des Begriffs „Kartell" von dem der übrigen Wirtschaftsverbände. Das Kartell steht seit Jahrzehnten im Mittelpunkt des Verbandslebens. Diese Vorherrschaft hat es bis auf den heutigen Tag behauptet, wenngleich nicht verkannt werden darf, daß auch der Konzern und die anderen genannten wirt-

[1]) Grunzel, a. a. O. S. 12.
[2]) Grunzel, a. a. O. S. 13.
[3]) Haußmann, a. a. O. S. 87.

schaftlichen Verbände Erscheinungen von nicht zu unterschätzender Bedeutung im Wirtschaftsleben sind. Das Kartell ist nach dem obenerwähnten Gesichtspunkt der Vermögenszusammenfassung eine rein personale Vereinigung, was darum noch nicht bedeutet, daß es kein Vermögen haben könnte. Natürlich hat es ein solches in seinen Büroeinrichtungen, Fabriken, Patenten usw. Doch hat der Gesellschaftsvertrag, der lediglich die Bindung der einzelnen Kartellmitglieder an das Kartell bezweckt, nicht dieses vorerwähnte Vermögen zum Gegenstand. Nach der bekannten volkswirtschaftlichen Definition von Liefmann[1]) ist ein Kartell eine „freie Vereinbarung selbständiger Unternehmer derselben Art zwecks monopolistischer Beherrschung des Marktes". Diese Definition gehört der Zeit vor Inkrafttreten der Kartellverordnung an. Von Juristen hat sich ihr u. a. auch Flechtheim in seinem grundlegenden Werk: „Die rechtlichen Organisationen der Kartelle"[2]) angeschlossen. Gegen die Liefmannsche Begriffsbestimmung hat, soweit sie die monopolistische Marktbeherrschung als wesentliches Element enthält, Isay[3]) geltend gemacht, daß hier als Hauptmerkmal des Kartells ein Mittel statt des Endzwecks genannt sei. Doch ist Isay mit seinem Bestreben, den Kartellbegriff von der monopolistischen Marktbeherrschung loszulösen, bei den meisten volkswirtschaftlichen wie juristischen Schriftstellern[4]) auf Widerstand gestoßen. Die Kartellverordnung hat diesen in der Wissenschaft herrschenden Streit, der Liefmann in der Neuauflage seines Buches[5]) zu dem Ausspruch veranlaßt hat: „Trotz meiner jetzt bald dreißigjährigen Bemühungen, das volkswirtschaftliche Wesen des Monopols klarzustellen, sind namentlich in der juristischen Literatur darüber völlig falsche Vorstellungen enthalten", nicht geschlichtet. Sie verzichtet auf eine eng umgrenzte Legaldefinition. Wenn die Verordnung im § 1 von Syndikaten und Kartellen, Konventionen und ähnlichen Abmachungen spricht, so ist darin der Versuch zu erblicken, den Inhalt der typischen Kartellverpflichtungen näher zu umschreiben. Die Formulierung des § 1 ist dennoch eine äußerst unklare. Da doch schon lange Zeit vor der Kart. Vo. gewisse Spielarten des Kartellbegriffs bestanden haben, wäre es angebracht gewesen, wenn der Gesetzgeber durch eine präzise Definition den in der Literatur über den Kartellbegriff herrschenden Streit und der damit verknüpften Rechtsunsicherheit ein Ende gemacht hätte. Wenn die Verfasser der Verordnung eine gesetzlich eng umgrenzte Begriffsbestimmung vermissen lassen, so werden sie sich dabei von fol-

[1]) Kartelle und Trusts, 6. Auflage, S. 10.
[2]) a. a. O. S. 5.
[3]) Studien S. 13.
[4]) Lehnich-Fischer, a. a. O. S. 81.
Silberberg, a. a. O. S. 2; Friedlaender, a. a. O. S. 41.
[5]) Kartelle, Konzerne, Trusts S. 11.

genden Erwägungen haben leiten lassen: einmal war beim Erlaß der Verordnung die ganze Konzentrationsbewegung noch im Fluß; dann war die Zahl der Erscheinungsarten so groß, daß eine Erfassung durch einen gesetzlichen Kartellbegriff nicht möglich war. Die Kart. Vo. verfolgt aber, wie schon ihr Name „Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung" sagt, den Zweck, den wirtschaftlich Schwachen gegen Auswüchse der mit der Konzentration verknüpften Machtstellung der Verbände zu schützen. Dieses Ziel konnte die Verordnung nur dann erreichen, wenn sie möglichst alle eine derartige Machtstellung innehabenden Verbände ergriff, was eine streng umgrenzte Begriffsbestimmung vereitelt hätte. Ein Kartell im Sinne des § 1 der Verordnung ist jedenfalls — darüber sind sich Wissenschaft und Rechtsprechung einig[1]) — eine Vereinigung vermögensrechtlich und wirtschaftlich selbständig bleibender Unternehmer, die zum mindesten die Tendenz, wenn auch nicht als einzigen Zweck, verfolgen, den Markt zu beeinflussen und dadurch auf dem Gebiete der Preisfestsetzung eine maßgebende Stellung einzunehmen. Im Gegensatz zum Kartell in diesem Sinne stehen die kapitalistischen Verflechtungsgemeinschaften. Diesen, die man wohl unter den Begriffen Trusts, Interessengemeinschaften und Konzerne zusammenfassen kann, ist gemeinsam das Kriterium der Vermögenszusammenfassung. Mit anderen Worten handelt es sich hier um einen weniger genossenschaftlichen als kapitalistischen Zusammenschluß. Im einzelnen unterscheidet sich der Trust, der mit dem Kartell das Moment der Marktbeeinflussung gemeinsam hat, von jenem dadurch, daß im Kartell die einzelnen Mitglieder ihre rechtliche Selbständigkeit im vollen Umfange bewahren, während beim Trust die Einzelunternehmung ihre Selbständigkeit ganz oder doch zum größten Teil verliert und damit Bestandteil einer neuen Unternehmung wird.[2]) Die höchste Form der Vertrustung, welche ein vollständiges Aufgehen eines Unternehmens in einem anderen, mit anderen Worten den völligen Verlust der rechtlichen Selbständigkeit der vereinigten Einzelunternehmungen voraussetzt, nennt man Fusion. Der Begriff der Interessengemeinschaft ist auch heute noch äußerst unklar. Jedenfalls sind ebenso wie für den Trust auch für die Interessengemeinschaft kapitalistische Momente ausschlaggebend. Der Unterschied zwischen der Interessengemeinschaft und dem Kartell liegt auf einem anderen Gebiet als beim Trust. Auch im Interessengemeinschaftsvertrag bewahren die Kontrahenten ihre Selbständigkeit. Da eine Interessengemeinschaft aber meist

[1]) Grunzel, a. a. O. S. 33.
Hausmann, a. a. O. S. 87.
Blum, a. a. O. S. 18.
[2]) Bauer, a. a. O. S. 9.
Grunzel, a. a. O. S. 43.

nur von einigen wenigen Unternehmungen gebildet wird, fehlt ihr naturgemäß in den meisten Fällen die mit dem Kartell begriffsnotwendig verknüpfte Marktbeeinflussungstendenz. Hierin liegt der grundlegende Unterschied zwischen Kartell und Interessengemeinschaft.[1]) Zweck der Interessengemeinschaft ist es, die Gewinne der beteiligten Unternehmer zusammenzuwerfen und nach einem bestimmten Schlüssel, dessen Berechnung von den Jahresumsätzen der Einzelunternehmer abhängig ist, zu verteilen. Oft ist mit der Gewinngemeinschaft eine Betriebsgemeinschaft verbunden; wenn diese dann zu einer monopolistischen Marktbeherrschung führt, ist eine derartige Interessengemeinschaft ein Kartell im Sinne des § 1 der Kart. Vo. Ein Beispiel hierfür ist die „J. G. Farben", die mit ihren riesigen Ausdehnungen zweifellos geeignet ist, den Markt zu beherrschen und, falls die beteiligten Unternehmungen, Beyer, Badische Anilinwerke usw., ihre Selbständigkeit bewahrt hätten, was erst eine genaue Untersuchung der Zusammenfassungsvorgänge ergeben kann, ein Kartell und nicht eine bloße Interessengemeinschaft darstellen würde. Von den übrigen mannigfaltigen kapitalistischen Zusammenschlüssen sei als wichtiger nur noch der Konzern einer kurzen Erläuterung unterzogen. Der Begriff „Konzern" ist ebenso ungenau und in seinen Grenzen flüssig wie die Begriffe Kartelle, Trusts, Pools, Konsortien usw. In Deutschland ist „Konzern" die allgemeine Bezeichnung für Zusammenfassungen mehrerer Unternehmungen zu einer nach innen oft vielfach verzweigten, nach außen aber geschlossenen Einheit. Will man den Begriff enger umgrenzen, so sind im Konzern die teilnehmenden Unternehmungen im Gegensatz zum Kartell nicht neben-, sondern untergeordnet.[2]) Ein weiterer Unterschied vom Kartell liegt darin, daß der Konzern Unternehmer verschiedenartiger Wirtschaftsstufen umfaßt, während ein Kartell sich nur aus Unternehmungen gleicher Art bilden kann. Die genannten Wirtschaftsvereinigungen stellen keine erschöpfende Aufstellung dar, doch kann man sie als die Grundtypen der wirtschaftlichen Konzentrationserscheinungen bezeichnen. Es würde den Rahmen der Arbeit überschreiten, die vielen Abarten und Vermischungen obiger Grundformen zu untersuchen.

§ 5. Die Rechtsform der wirtschaftlichen Vereinigungen.

Von größter Wichtigkeit ist die Frage, welche Rechtsform unsere Rechtsordnung den wirtschaftlichen Kombinationen gibt. Die Konzentrationsbewegung nahm in Deutschland schon in

---

[1]) Grunzel, a. a. O. S. 45.
[2]) Haußmann, a. a. O. S. 87.

den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts ihren Anfang.[1]) Dennoch ist die Bewegung bis heute noch nicht zu einem endgültigen Abschluß gekommen. Wir kennen kein etwa dem Strafrecht oder Prozeßrecht zu vergleichendes, in sich abgeschlossenes Verbandsrecht. Die Gesetzgebung kann nicht der Bildung eines vollkommen neuen Zweiges unseres Rechts vorgreifen, indem sie im voraus feste Formen für die noch in der Entwicklung begriffenen wirtschaftlichen Gebilde vorschreibt. Der Gesetzgeber würde damit der Wirtschaft einen empfindlichen Stoß versetzt und sie in ihrer Fortentwicklung aufgehalten haben. Daraus erklärt es sich, daß unsere Rechtsordnung keinerlei im Gesetz festgelegte Formen — etwa nach Art der handelsrechtlichen Gesellschaften — für die Wirtschaftsverbände kennt. De lege ferenda wurde eine solche Form wenigstens für das Kartell schon lange gefordert, beispielsweise von Franz Klein.[2]) De lege lata hat das Recht, die Aufgabe, diese neuen Gebilde des Wirtschaftslebens in die bestehenden Gesellschaftsformen des bürgerlichen wie des Handelsrechts einzukleiden und damit zur rechtlichen Existenz zu bringen. Da eine vorgesehene Form für die hier interessierenden Wirtschaftsvereinigungen nicht besteht, können diese je nach ihrer Eigenart jede Rechtsform annehmen, soweit ihre Statuten und Institutionen den gesetzlichen Vorschriften nicht widersprechen. Es ist also denkbar, daß ein Wirtschaftsverband auf bloßem Vertrag beruht, daß er als eingetragener Verein oder als G. m. b. H. oder A.-G. Rechtspersönlichkeit erwirbt usw. Während nun in der Praxis des Wirtschaftslebens die kapitalistischen Verflechtungen meist wegen dieses ihres charakteristischen Wesensmerkmals in Form der A.-G. bestehen, weist die Geschichte der Kartelle eine mannigfaltige Fülle von Rechtsformen vom bloßen Vertrag bis zur A.-G. oder G. m. b. H. auf.

Die niedrigste Form stellt das auf bloßem Vertrag beruhende Kartell dar. Seine Mitglieder verpflichten sich durch Einzelverträge zur Einhaltung gewisser Absatzmengen und Preise. Diese Form kennzeichnet sich dadurch, daß eine körperschaftliche Organisation fehlt. Das ist wichtig für die Frage der Haftung; Verpflichtungen und rechtliche Bindungen Dritten gegenüber entstehen nur in der Person des Einzelmitgliedes. Eine etwas festere Bindung ist das Kartell in Form einer Gesellschaft des BGB. Bei dieser Organisation wird meist ein Geschäftsführer oder eine Geschäftsführungskommission für die Gesellschafter tätig. Gemäß § 714 BGB. gilt die Auslegungsregel, daß ein Gesellschafter, soweit seine Geschäftsführungsbefugnis reicht, im Zweifel auch die übrigen Gesellschafter vertreten kann, andererseits steht nach § 709, I BGB. grundsätzlich

[1]) Lehnich-Fischer, a. a. O. S. 17.
[2]) In Gruchots-Beiträgen S. 21, Bd. 68.

die Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinsam in der Weise zu, daß die Zustimmung aller Gesellschafter zu jedem Geschäftsführungsakt erforderlich ist. Das betrifft aber nur das Innenverhältnis. Aus den von den Geschäftsführern abgeschlossenen Verträgen haften, sofern nach außen erkennbar für die Gesellschaft gehandelt wird, die Gesellschafter als Gesamtschuldner; für unerlaubte Handlungen kommt § 831 BGB. zur Anwendung. Eine weitere Form der Kartelle ist die des nicht rechtsfähigen Vereins, der sich von der letztgenannten Form dadurch unterscheidet, daß er vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist, ferner durch Statut ein eigenes Organ zu seiner Vertretung bestellt; es haftet dann neben dem Verein auch das abschließende Organ, wobei dieses seine persönliche Haftung durch Vertrag mit dem Kontrahenten ausschließen kann. Diesen eine Rechtspersönlichkeit nicht verleihenden Rechtsformen stehen die Kartelle mit eigener Rechtspersönlichkeit gegenüber. Um den Schwierigkeiten, die beim Abschluß von Verträgen in obengenannten Kartellen in die Erscheinung treten, aus dem Weg zu gehen, kann der Verband die Form des E. V. annehmen. Es handelt für ihn dann das gesetzlich zur Vertretung bestimmte Organ gemäß § 26 BGB. Die Haftung regelt sich nach den Vorschriften der §§ 31 und 831 BGB. Eine weitere, zwar nicht sehr gebräuchliche Form für ein Kartell ist die A.-G. Man könnte einwenden, daß die A.-G. als Rechtsform für ein Kartell nicht möglich sei, weil das Kartell keine Vermögenszusammenfassung zum Gegenstand hat. Doch, wenn auch die A.-G. ihrem Wesen nach eine kapitalistische Vereinigung ist, so hat man dem Bedürfnis einer sogenannten Nebenleistungs-A.-G. im § 212 HGB. Rechnung getragen. Auf Grund dieser Vorschrift können sich Kartelle trotz Fehlens des kapitalistischen Charakters in Form einer A.-G. bilden; doch ist die A.-G einmal ihrer kapitalistischen Grundlage, ferner der Schwerfälligkeit des Gründungshergangs wegen nicht die geeignete Form für Kartelle und in der Praxis auch nur selten verwendet. Eine sehr beliebte Form ist dagegen die G. m. b. H., die grundsätzlich zwar auch eine kapitalistische Gesellschaftsform darstellt. Der Vorschrift des § 212 HGB. entspricht hier § 3, II G. m. b. H. Gesetz. Die Zahlung der Beiträge, welche bei einer üblichen G. m. b. H. die Grundlage des Gesellschaftsvertrages bildet, wird bei der Kartell-G. m. b. H. zur Nebenverpflichtung. Dagegen treten die Kartellpflichten in den Vordergrund, während die Beitragspflicht zu einer Nebenleistung wird. Die Gründung der G. m. b. H. ist einfacher und billiger als die der A.-G., andererseits weist auch die G. m. b. H. den Vorteil der Rechtspersönlichkeit auf. Die Grundsätze über Vertretung und Haftung sind bei der A.-G. und G. m. b. H. dieselben wie beim E. V. Eine weitere, sehr gebräuchliche Form besonderer Art ist die sogenannte Doppelgesellschaft; es schließen sich die Kartellmitglieder

zunächst zu einer G. m. b. H. zusammen; dieser Gesellschaftsvertrag hat lediglich die typischen, allgemein üblichen Pflichten der Gesellschafter der G. m. b. H. zum Gegenstand. Neben diesem Vertrag läuft ein zweiter selbständiger Vertrag, dessen rechtliche Natur in der Literatur heftig umstritten war. Die Vertreter[1]) der einen Einrichtung folgen der R.-G.-Entscheidung, Band 74, S. 33 ff., indem sie den neben dem Gesellschaftsvertrag herlaufenden Vertrag einen damit verknüpften formlosen Sondervertrag nennen; sie gehen davon aus, daß die Lieferungsverträge des Verbandes mit dem einzelnen Gesellschafter derart mit dem gemeinsamen Verbandszweck verbunden seien, daß sie nicht neben der G. m. b. H. als gesellschaftsähnlicher Vertrag selbständig bestehen können. Nach der heute anerkannten h. L.[2]) steht der einen Gesellschaft, nämlich der G. m. b. H., in Sonderverträgen eine zweite Gesellschaft, eine Gesellschaft des BGB. gegenüber. Da im übrigen dieser Streit lediglich das Verhältnis der Kartellmitglieder zum Verband betrifft, genügt es, seiner hier kurz Erwähnung zu tun. Im Verhältnis zum Abnehmer tritt nur die G. m. b. H. als Verkäuferin in die Erscheinung, und nur sie wird, da sie im eigenen Namen abschließt, dem Abnehmer gegenüber berechtigt und verpflichtet. Irgend welche Rechtsbeziehungen zwischen dem Einzelunternehmer und seinem Konsumenten entstehen nicht.[3])

Die genannten Grundformen von Verbänden bestehen nicht nur auf der Produzentenseite, vielmehr gibt es auch Zusammenschlüsse von Abnehmern, die eine der oben erörterten Erscheinungen, vornehmlich ein Kartell, darzustellen geeignet sind. In vielen Industriezweigen haben sich die Händler zu einem Kartell zusammengeschlossen, um eine starke Einheitsfront im Wirtschaftskampf gegen die Produzenten zu bilden. Diese Händlerkartelle bestehen meist in der Form des E. V. Außerdem seien hier noch erwähnt die Einkaufszentralen großer Warenhauskonzerne, Einkaufsgenossenschaften selbständiger Gewerbetreibender und die Konsumvereine. Die Einkaufsgenossenschaften wie die Konsumvereine, von welchen vornehmlich die letztgenannten Vereinigungen von Angehörigen der ärmeren Volksklassen sind, haben aus verständigen Gründen die Form der Genossenschaften gewählt.

[1]) Stroinsky, a. a. O. S. 19.
[2]) Flechtheim, a. a. O. S. 88; Brodmann a. a. O. S. 24; Isay, Studien S. 27.
[3]) Steffani, a. a. O. S. 27.

II. Teil.

Die Rechtsbeziehung zwischen Produzentenverband und Kundschaft.

§ 6. Die Geschäftsbedingungen als Grundlage der rechtlichen Beziehungen zwischen Produzenten und Abnehmern.

Im Folgenden sollen die Rechtsbeziehungen zwischen Produzentenvereinigungen und deren Kundschaft Gegenstand der Abhandlung sein. Vorweg sei gesagt, daß die der großen Fülle der Erscheinungsarten sowie Rechtsformen von Wirtschaftsverbänden entsprechenden mannigfaltigsten rechtlichen Beziehungen der Verbandsmitglieder untereinander und zum Verband außerhalb der Betrachtung stehen. Dieser Teil des Verbandsrechts, den man wohl im Gegensatz zu den weiter unten erörterten obligatorischen den gesellschaftsrechtlichen nennen kann, ist als ältester Teil des Kartellrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft am besten durchgebildet. Im Gegensatz hierzu ist das Außenverhältnis von Produzentenvereinigung zur Kundschaft in seinen rechtlichen Wirkungen kaum je Gegenstand einer wissenschaftlichen Abhandlung gewesen. Eine allgemeine zusammenfassende Darstellung sämtlicher möglichen Rechtsbeziehungen zwischen Erzeugerverband und Abnehmerschaft ist bei der großen Verschiedenheit, welche einmal durch die obenerwähnte Fülle der Konzentrationserscheinungen, noch mehr aber durch die völlige Verschiedenheit von Produktionshergang und Absatz in den einzelnen Industriezweigen bedingt ist, nicht möglich. Es soll der Versuch gemacht werden, diejenigen Rechtsverhältnisse herauszuschälen und nach möglichst einheitlichen Gesichtspunkten zu betrachten, welche den Kernpunkt des Problems „Produzentenverband-Abnehmerschaft" bilden und die allen Industriezweigen gemeinsam sind. Im Mittelpunkt eines jeden Geschäftsverkehrs zwischen dem Offerenten und Abnehmer stehen Verträge, sogenannte Lieferungsverträge, die auf die Grundform eines Kaufvertrags zurückzuführen sind. Die Tatsache nun, daß als Vertragsparteien sich in diesen Verträgen nicht, wie im üblichen Geschäftsleben, Einzelpersonen gegenüberstehen, sondern mindestens auf einer Seite Personenvereinigungen, welche einmal Rechtspersönlichkeit haben, das andere Mal nicht, birgt schon eine Schwierigkeit. Viel mehr aber

noch sind es die mannigfachen, dem Zweck der Vereinigungen entsprechenden Geschäftsverbindungen, welche immer wieder Anlaß zu Streitigkeiten und den Rechtsverhältnissen der betreffenden wirtschaftlichen Vereinigungen ein besonderes Gepräge geben.

Es wurde schon bemerkt, daß es sehr schwierig ist, diese Geschäftsbedingungen unter einem einheitlichen rechtlichen Gesichtspunkt zu erfassen. Bevor die Einzelheiten erörtert werden können, soll zunächst die Frage Erwähnung finden, was unter Geschäftsbedingungen in diesem Sinne zu verstehen ist und inwiefern sie als Mittel des Organisationszwangs aufzufassen sind. Wenn von Geschäftsbedingungen im allgemeinen die Rede ist, so kann das nicht die Bedeutung haben, daß sämtliche Bedingungen eines Vertrags zwischen Produzentenverband und Abnehmer durch ihre Existenz allein zu der Untersuchung ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Zulässigkeit berechtigen. Anlaß hierzu und Inhalt der folgenden Betrachtungen kann nur der Teil der Geschäftsbedingungen sein, der unter Umständen einen Eingriff in die bestehende Rechtsordnung darstellt. Diese Bedingungen, die meist, aber nicht immer, ein Diktat des wirtschaftlich stärkeren Produzentenverbandes an seine Kundschaft sind, entspringen dem wirtschaftspolitischen Beweggrund, die Organisationen — sei es auf der Produzentenseite, sei es, wie etwa in der Textilindustrie, auf Abnehmerseite — in irgend einer Weise zu festigen. Als es am Ende des vorigen Jahrhunderts erstmalig zu Zusammenschlüssen von wirtschaftlichen Machtfaktoren kam, bildeten sich nach und nach Erscheinungen heraus, welche die frühere Zeit des schrankenlosen Individualismus und der Konkurrenzfreiheit nicht kannte, nämlich die Streiks, Sperren, Boykotts. Zusammenfassend nennt man das seit Kestner[1]) den Organisationszwang. Als Mittel dieses Zwangs sind auch die meisten Geschäftsbedingungen aufzufassen, die wechselseitig zwischen Produzentenverband und Abnehmerschaft bestehen.

§ 7. Die wirtschaftliche und rechtliche Zulässigkeit des Organisationszwangs.

Ein Organisationszwang geht immer von einer gewissen wirtschaftlichen oder sozialen Uebermacht aus. Es handelt sich um die Ausnützung einer Vormachtstellung. Die Gefahr liegt daher nahe, daß der Wirtschaftskampf ein recht einseitiger wird, weil die Mittel gar zu ungleich verteilt sind. Die sozialen Kämpfe in der Arbeiterbewegung interessieren hier weniger. Betrachtet man die Kämpfe in der Wirtschaft, so muß man die Feststellung machen, daß hier, wie auch bei den Arbeiterkämpfen, die Frage nach der wirtschaftlichen und rechtlichen Zu-

[1]) Kestner: Der Organisationszwang 1912.

lässigkeit der angewandten Mittel wohl berechtigt ist. Als die wirtschaftlichen Zusammenschlüsse zuerst im Wirtschaftsleben der Völker in Erscheinung traten, gab es keine rechtlichen Bestimmungen, die sich mit ihnen befaßten. Anfangs glaubte man, daß eine Organisation von Unternehmungen mit dem in der Gewerbeordnung verankerten Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht in Einklang zu bringen sei. Doch stellt ein Kartellvertrag nie einen Verstoß gegen die Gewerbeordnung dar. Denn einmal beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, in der Gewerbeordnung die Freiheit des Gewerbes festzustellen, d. h. das alte Prinzip des Zunftzwangs hat ein Ende, es gibt keine obrigkeitliche Beschränkung mehr in der Art der Gewerbeausübung. Das besagt noch lange nicht, daß der einzelne sich freiwillig dieser Freiheit nicht entäußern kann. Der Grundsatz der Gewerbefreiheit wird begrenzt von dem Prinzip der Vertragsfreiheit, wonach es in jedermanns Belieben steht, sich vertraglich zu binden. Zu dieser Frage hat sich das RG. schon in seinen Entscheidungen vom 5. Juli 1890 und 4. Februar 1897[1]), also in einer Zeit, wo die Kartellbewegung noch im Anfangsstadium stand, befaßt. Danach laufen Vereinbarungen von Gewerbetreibenden zu dem im guten Glauben erfolgten Zweck, ein Gewerbebetrieb durch Schutz gegen Entwertung der Erzeugnisse und die sonstigen aus Preisunterbietungen einzelner verursachten Nachteile lebensfähig zu erhalten, nicht gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit. Sie könnten weder aus dem Gesichtspunkt beanstandet werden, daß sie den Absichten des Gesetzgebers insofern entgegenarbeiteten, daß er durch die Gewerbefreiheit die Interessen des einzelnen fördern wolle, noch aus dem Grunde, daß sie die Individualfreiheit der Vereinigungsmitglieder unzulässig beschränkten. Dem durch die Gewerbeordnung jedermann gewährleisteten Recht, nach seinem Belieben jedes Gewerbe zu betreiben, ist nicht die Bedeutung beizumessen, daß sich der einzelne vertragsmäßig keiner Beschränkung in dieser Richtung bindend unterwerfen könnte. Die erste Folge der Vertragsfreiheit ist ja doch das Recht, sich freiwillig einzuschränken und zu Gunsten anderer zu binden. Auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beruht die Organisationsfreiheit, Grundsätze, die heute in der RV. verankert sind, aber im gewissen Sinne Gegensätze enthalten. Die Organisationen als solche sind rechtlich nicht zu beanstanden. Es fragt sich aber, ob mit der grundsätzlichen Anerkennung der wirtschaftlichen Organisationen auch die grundsätzliche Zulässigkeit des Organisationszwangs zu bejahen ist. Es ist begreiflich, daß jeder Organisation von innen heraus, wie von außen her große Gefahr der Zersetzung droht. Einmal sind es die Verbandsmitglieder, die, wenngleich es sich um einen freiwilligen Zusammenschluß handelt, doch vielfach bestrebt sein

[1]) RGE. 38 S. 155.

werden, die lästige Fessel der Verbandszugehörigkeit abzustreifen, und dadurch eine große Gefahr für den Bestand der Vereinigung bilden. Sie werden bei ihren Loslösungsbestrebungen oft genug unterstützt durch Abnehmer und Außenseiter. Auf der anderen Seite sind es die Außenseiter und Abnehmer unmittelbar, die der Wirtschaftsvereinigung dadurch stets Schwierigkeiten bereiten werden, daß sie versuchen, die Preise zu drücken, die Absatzbedingungen denen der Vereinigung gegenüber einfacher und annehmbarer zu gestalten. Es sucht im Wirtschaftsleben mehr denn je jeder seinen eigenen Vorteil zu wahren und ist in der Wahl der Mittel nicht immer gerade sehr wählerisch. Isay[1]) sagt ganz richtig, daß es das beste Geschäft ist, Außenseiter neben einem Kartell zu sein, das die Preise hochhält. Wenn man die wirtschaftliche Existenzberechtigung der Verbände anerkennt — und sie wird von allen anerkannt —, so muß man dem Verband andererseits auch die Möglichkeit geben, sich gegen diese Angriffe und Durchkreuzungspolitik eigener Mitglieder wie auch der Außenseiter und Abnehmer zu schützen. Anfangs hatte man die Mittel des Organisationszwangs begreiflicherweise für den Ausfluß willkürlicher Macht der Verbände gehalten. Erst ganz allmählich kam man zu der Erkenntnis, daß man, wenn man die Organisationen überhaupt zuließe, auch den Organisationszwang nicht verbieten konnte. Denn eine Organisation ohne Zwangsmittel ist ein Nonsens, und bald würden die Verbände wieder zusammengebrochen sein; ihr Zusammenbruch würde die alte, zügellose Zeit des erbitterten Konkurrenzkampfes heraufbeschworen und damit der Wirtschaft einen schweren Stoß versetzt haben. Der Organisationszwang ist vom wirtschaftspolitischen Standpunkt aus eine unbedingte Notwendigkeit. Was seine rechtliche Zulässigkeit betrifft, so muß er sich in den Grenzen halten, welche allgemeine Rechtsgrundsätze und die bestehende Rechtsordnung ihm gesetzt haben. Er kann natürlich nicht soweit gehen, daß ein Unternehmer unmittelbar etwa kraft Gesetzes oder einer obrigkeitlichen Verfügung zum Anschluß an einen Verband gezwungen wird, ebenso wenig wie ein Gesetz besteht, daß den Arbeiter zum Beitritt in eine Gewerkschaft zwingen kann. Eine derartige Bestimmung würde dem Grundsatz der individuellen Willensfreiheit widersprechen, und ohne eine derartige Gesetzesbestimmung kann in unserem heutigen Rechtsstaat auch keine Behörde willkürlich den persönlichen Willen des Einzelmenschen mißachten; das würde die Zustände des Polizeistaates und des Zunftzwangs wieder aufleben lassen. Wenn anscheinend das Kohlenwirtschaftsgesetz vom 23. März 1919 hiervon eine Ausnahme gemacht hat, indem es Bergwerksbesitzer zum Anschluß an ein Syndikat gezwungen hat, so geschah das lediglich aus

[1]) Studien S. 72.

sozialpolitischen Gründen, weil die Kohlenwirtschaft von weittragendster Bedeutung für sämtliche anderen Industriegruppen und damit für die Existenz des Staates und des einzelnen ist. Die Frage der Rechtsgültigkeit solcher Zwangsbeschlüsse, die m. E. nicht so ohne weiteres nach der einen oder anderen Seite hin zu beantworten ist, kann hier unerörtert bleiben.[1]) Jedenfalls besteht ein unmittelbarer gesetzlicher Schutz der Verbände gegen die Durchkreuzungspolitik der Außenseiter und der Abnehmer nicht, ein solcher ist aber mittelbar gewährleistet durch den Organisationszwang, der demnach grundsätzlich auch von rechtlichen Gesichtspunkten aus nicht zu beanstanden ist.

§ 8. Der Rechtsschutz gegen den Organisationszwang.

Die bisherigen Ausführungen führten zu dem Ergebnis, daß der Organisationszwang den Grundsätzen der Wirtschafts- und Rechtsordnung nicht widerspricht. Dabei wurde aber darauf hingewiesen, daß der Zwang sich innerhalb der ihm vom Gesetz gesteckten Grenzen halten muß, wenn er nicht zu einem rechtswidrigen werden will. Da im Rahmen der vorliegenden Abhandlung lediglich das Außenverhältnis zwischen Produzentenvereinigung und seinen teils organisierten, teils freien Abnehmern interessiert, kann der sogenannte innere Organisationszwang des Kartells auf seine Mitglieder unberücksichtigt bleiben. Der Zwang, den ein Verband auf seine Kundschaft ausübt, ist oft mit außerordentlichen Härten verknüpft und nicht selten geeignet, den Betroffenen seiner Selbständigkeit in großem Maße zu berauben. Die Kapitalkraft und wirtschaftliche Ueberlegenheit der Verbände birgt die große Gefahr in sich, daß die Anwendung des an sich erlaubten Organisationszwangs ein rücksichtsloser und willkürlicher wird. Es liegt daher die Frage nahe, ob die Rechtsordnung dem Betroffenen irgendwie den Schutz des Gesetzes gegen eine solche willkürliche Anwendung des Organisationszwangs angedeihen läßt. Die Bestimmungen der Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung werden weiter unten eingehende Berücksichtigung finden. Im Zusammenhang mit der Frage, wieweit ein gesetzlicher Anschlußzwang, wie ihn das Kohlenwirtschaftsgesetz vorschreibt, zulässig ist, wurde schon bemerkt, daß die freie Willensbildung des Menschen nicht verletzt werden darf. Dieses höchst persönliche Gut des Einzelindividuums wird im Reichsstrafgesetzbuch durch zwei Bestimmungen geschützt, nämlich die §§ 240 und 253. Nach § 240 StGB. darf der Wille des Menschen weder durch Gewalt noch durch Drohung widerrechtlich beeinflußt werden. Als Mittel der Nötigung nennt das Gesetz Gewalt und Drohung. Da die Gewalt eine physische sein muß, bedarf der Begriff keiner Erläuterung. Drohung im Sinne des § 240 StGB. ist nicht jede Bedrohung mit irgend einem Uebel, vielmehr ist die An-

[1]) Cohn in Kart. Rdsch. 1928 S. 610 ff.

wendung des § 240 davon abhängig, daß die Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen geschieht. Dieses Kriterium wird aber bei dem Organisationszwang eines Verbandes auf seine Abnehmer nie vorliegen, so daß man ohne weiteres die Anwendung des § 240 StGB. als Rechtsschutz gegen den Organisationszwang verneinen kann. Näher liegt der Gedanke, § 253 StGB. auf den Organisationszwang anzuwenden. Wichtigstes Tatbestandsmerkmal der Erpressung ist der rechtswidrige Vermögensvorteil. Bei der Frage, ob § 253 StGB. auch auf Mittel des äußeren Organisationszwangs Anwendung finden kann, kommt es daher auf die Auslegung vornehmlich des Begriffs des rechtswidrigen Vermögensvorteils wie auch der Drohung an. Faßt man jeden Vorteil als rechtswidrig auf, auf welchen man kein Recht hat, erkennt man ferner jede Drohung als hinreichend an und sieht man in den durch den Organisationszwang begründeten Absatzbeschränkungen bezw. Einkaufsschwierigkeiten einen Vermögensnachteil, so kommt man zu dem praktisch unhaltbaren Ergebnis, daß fast jedes Mittel des Organisationszwangs den Tatbestand der Erpressung erfüllt. Eine solche Annahme geht m. E. einmal von einer übermäßigen Ausdehnung des Begriffs Drohung aus. „Drohung" im Sinne des § 253 StGB. setzt zwar nicht die Bedrohung mit bestimmten Uebeln wie bei der Nötigung voraus, es genügt vielmehr die Drohung mit jedem Nachteil. Doch ist zu beachten, daß in der Erpressung eine rechtswidrige Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des einzelnen zu erblicken ist und daß somit alle diejenigen Nachteile ausscheiden, mit deren Eintritt der Bedrohte verkehrsüblicher Weise rechnen muß. Was im Einzelfall ein relevanter Nachteil ist, das ist Tatfrage. Es würde zu weit führen, hier auf die verschiedenen Lehrmeinungen der Strafrechtswissenschaft einzugehen; es sei hingewiesen auf Ohlshausen[1]) und die dort zitierten Schriftsteller. Dann bedarf ferner der Begriff der Rechtswidrigkeit im § 253 StGB. einer engeren Auslegung. Man kann m. E. nicht jeden Vorteil für rechtswidrig erklären, auf den man keinen rechtlichen Anspruch hat. Auch hier sei wieder auf die entsprechenden Stellen bei vorgenannten Schriftstellern verwiesen. Weder durch den Wortsinn noch durch die Sache ist es begründet, jeden Vorteil, auf den man ein Recht nicht hat, für rechtswidrig zu halten. Vielmehr wird in solchen Fällen oft das subjektive Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen. Der Organisationszwang fällt bei einer so umgrenzten Einschränkung der Begriffe Drohung und Rechtswidrigkeit nie oder jedenfalls nur äußerst selten unter den Erpressungstatbestand. Das Vertrauen zur Wirtschaft würde bald verloren gehen, wenn man Gefahr laufen müßte, in ihren

[1]) a. a. O. S. 1019. Anm. 2 zu § 253.
Frank Anm. 2 zu § 253.

Führern Erpresser zu erblicken.[1]) Von weiteren Bestimmungen strafrechtlichen Charakters sei noch § 153 der Gewerbeordnung erwähnt; doch findet diese Bestimmung lediglich für Arbeiterorganisationen, d. h. für das Verhältnis Arbeitgeber — Arbeitnehmer, für Kartelle und andere wirtschaftliche Organisationen dagegen nie Anwendung. Aus der Nachkriegszeit sind noch die Vorschriften der Preistreibereiverordnung zu nennen. Da diese aber lediglich auf ein ganz bestimmtes Mittel des Organisationszwangs, nämlich die Preisdifferenzierungen, Anwendung finden kann, ist es einer späteren Betrachtung vorbehalten, zu der Frage des unerlaubten Preissteigens Stellung zu nehmen. Strafrechtliche Gegenwirkungen des Staates gegen den Organisationszwang sind äußerst selten und gehen, wie hier ausgeführt, vielfach abseits führende Wege.

Weit größere Bedeutung kommt den zivilrechtlichen Vorschriften zu, welche auf die Maßnahmen des äußeren Organisationszwangs einzuwirken geeignet sind. Daß sich trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit dieses Zwangs und der Mittel zu seiner Durchführung auch die Zivilgerichte sehr oft mit den Auswüchsen dieses Organisationszwanges zu befassen hatten, ist naturgemäß. Mittel gegen die mißbräuchliche Anwendung des Organisationszwangs bieten einmal die §§ 123 und 138 BGB. Bezüglich der Anwendung des § 123 BGB. ist zu beachten, daß er dem Tatbestand des obenerwähnten § 253 StGB. sehr nahe kommt und wie dieser nur äußerst selten Anwendung finden kann. Die Vorschrift des § 138 BGB. enthält den vielfach Anlaß zu Streitigkeiten bietenden allgemeinen Rechtsbegriff der guten Sitten. Bei der im nächsten Abschnitt zu behandelnden Grundsatzrechtsprechung des RG. wird Gelegenheit genommen, diesen äußerst unbestimmten Begriff einer näheren Untersuchung zu unterziehen. Hier ist nur festzustellen, daß ein Vertrag, den ein Produzentenverband mit seinen Abnehmern schließt, unter Umständen gemäß § 123 BGB. anfechtbar oder gemäß § 138 BGB. nichtig ist. Wann die Umstände eine Anwendung genannter Rechtsvorschriften möglich machen, kann nur eine genaue Prüfung des Einzelfalles ergeben. Soweit nicht die Verträge selbst den Abnehmern die unbilligen Härten auferlegen, sondern erst Handlungen, die in Ausführung derartiger Abmachungen erfolgen, gewährt das BGB. den betroffenen Abnehmern den Schutz der §§ 823 und 826. Ueber ihre Anwendung ist das nämliche zu sagen wie oben; auch hier ist es nicht möglich, allgemeine Anwendungsnormen aufzustellen. Die Untersuchung der gegebenen Umstände im Einzelfall kann erst ergeben, ob die §§ 823, 826 dem Abnehmer einen Schadensersatz oder Unterlassungsanspruch gewähren. Im Zusammenhang mit

[1]) So auch Kestner-Lehnich a. a. O. S. 239; „Die Männer, welche unsere Industrie und Arbeiterschaft organisieren, sind keine Erpresser."

der Frage des zivilrechtlichen Schutzes ist der sogenannte Schikaneparagraph (§ 226 BGB.) zu nennen. Wenn auch die Gründe zu Unternehmerzusammenfassungen, wie des damit zusammenhängenden Organisationszwangs wirtschaftlicher Natur sind, es ist nicht ganz ausgeschlossen, daß rein persönliche Motive den Zwangsmaßnahmen zugrunde liegen und diese dann vielleicht lediglich aus Gehässigkeit verhängt sind. Hierzu äußern Lindemann-Soergel:[1]) „Aus Gehässigkeit und Willkür darf eine Sperre nicht verhängt werden." Wohl bemerkt: die Ausübung wohlerworbener Rechte ist von Schikane streng zu scheiden. Zur Anwendung des § 226 BGB. genügt es nicht, daß der Organisationszwang den ausschließlichen Zweck *hat*, den wirtschaftlichen Gegner zu vernichten, vielmehr muß der Zwang lediglich diesen Zweck haben *können*. Als weitere Schutzbestimmung des BGB. darf die Vorschrift des § 339 nicht außer acht gelassen werden. Die hiermit verknüpfte Streitfrage, ob ein Treurabatt eine Vertragsstrafe darstellt, wird bei der speziellen Betrachtung des Treurabattsystems noch zu erörtern sein. Man sieht, daß das Zivilrecht auf die verschiedenste Art dem Organisationszwang entgegenzutreten in der Lage ist. Große Schwierigkeiten birgt dabei die Tatsache, daß der Organisationszwang sich in den meisten Fällen nicht gegen die Abnehmer richtet, sondern gegen die gefährlichen Außenseiter, daß die angewandten Mittel dagegen nur die Abnehmer verpflichten.

§ 9. Die Grundsatzrechtsprechung des Reichsgerichts.

Solange wirtschaftliche Vereinigungen bestehen, hat sich das RG. mit Fragen des Organisationszwangs beschäftigen müssen. Seine Rechtsprechung, zumal die von ihm auf Grund zivilrechtlicher Bestimmungen ausgebildeten Rechtsgrundsätze, dürfen hier nicht unbeachtet bleiben. Aus der Praxis der Strafsenate sei nur ein Urteil[2]) hervorgehoben; es behandelt die Frage, ob § 253 StGB. auf Mittel des äußeren Organisationszwangs Anwendung finden kann. Im Gegensatz zu der oben vertretenen ablehnenden Ansicht hat das RG. im bejahenden Sinne entschieden. Es geht in der betreffenden Entscheidung von der m. E. irrigen Voraussetzung aus, daß jeder Vorteil, auf den man keinen rechtlichen Anspruch hat, als rechtswidriger Vermögensvorteil im Sinne des § 253 StGB. aufzufassen sei. Eine Stellungnahme hierzu erübrigt sich, nachdem oben eingehend dargelegt wurde, daß es juristisch unhaltbar ist, die Anwendung des Organisationszwangs als Erpressung gemäß § 253 StGB. zu bestrafen. Sicherlich wird sich das RG. im Zeitpunkt des Urteilsspruchs der ungeheuren Tragweite dieser Entscheidung nicht bewußt gewesen sein. In Erkenntnis dieser Tat-

[1]) a. a. O. Band I § 839 Anm. 10.
[2]) RGStr. 34 S. 15 ff.

sache hat das RG. in späteren Entscheidungen eine Anwendung des § 263 StGB. auf Fälle des Organisationszwangs stets abgelehnt. Während die Rechtsprechung der Strafsenate nur geringe Bedeutung für die Wirtschaftsorganisationen gehabt hat, sind die von den Zivilsenaten auf Grund der Bestimmungen der §§ 138 und 826 BGB. herausgebildeten Grundsätze für das Wirtschaftsleben von ausschlaggebender Bedeutung. Kernpunkt des ganzen Problems ist der Begriff der guten Sitten. Nach einer grundlegenden Entscheidung des RG.[1]) aus dem Jahre 1901 handelt sittenwidrig, wer gegen das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden verstößt. Nicht alles, was moralwidrig, ist darum auch sittenwidrig, es muß einen Verstoß gegen das herrschende sittliche Volksbewußtsein darstellen. Hierbei spielen sowohl objektive wie subjektive Momente eine Rolle. Ein Kartell kann objektiv und wirtschaftlich schädlich sein, ohne subjektiv unsittlich zu sein. Eine Handlung ist erst dann als gegen die guten Sitten verstoßend zu bezeichnen, wenn der Handelnde das Bewußtsein hat, daß seine Handlung die guten Sitten verletzt oder doch dieses Bewußtsein hätte haben müssen. Der Wortlaut des § 826 verlangt zwar dieses Bewußtsein nicht ausdrücklich, doch steckt das subjektive Moment in dem Begriff der guten Sitten;[2]) denn man kann schwerlich eine Verletzung der guten Sitten annehmen, wenn dem Täter die Tatsachen unbekannt waren, welche gegen die guten Sitten verstoßen haben. Bezüglich der Sittenwidrigkeit im Verbandsrecht hat sich in der Rechtsprechung folgende, später auch in der Kartelliteratur[3]) herrschende Ansicht herausgebildet: ein Verstoß gegen die guten Sitten ist dann gegeben, wenn entweder die von jedem Kartell naturgemäß ausgehende monopolistische Tendenz sich zur wucherischen Ausbeutung der Konsumenten steigert, oder die gleichfalls mit jedem Kartell verbundene Einschränkung der ökonomischen Selbständigkeit der Kartellmitglieder in einer die Existenzmöglichkeit ernstlich gefährdeten Knebelung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit ausartete. Diese Grundsätze finden naturgemäß nicht nur auf Kartelle, vielmehr auf alle wirtschaftlichen Vereinigungen Anwendung. Im einzelnen verlangt das RG., daß der Organisationszwang sich in angemessenen Grenzen hält und nach Möglichkeit eine gütliche Einigung zu versuchen ist. Bei der Frage, ob die Mittel des Organisationszwangs zulässig sind, hat das RG.[4]) drei Fragen aufgeworfen:

1. ob das Mittel an sich zulässig ist,
2. ob der verfolgte Zweck nicht wider die guten Sitten verstößt,

[1]) RG. 48 S. 124.
[2]) So Becher a. a. O. Anm. 3 zu § 1.
[3]) Flechtheim a. a. O. S. 6.
[4]) RG. 28, 238; 54, 255; 104, 327.

3. ob Mittel und Zweck in einem angemessenen Verhältnis zu einander stehen.

Maßgebend für die Beurteilung ist demnach die Interessenabwägung. Ein unzulässiges Mittel ist beispielsweise in der Verhängung einer schweren Sperrmaßnahme zu erblicken, wenn diese Maßnahme den ausschließlichen Zweck hat, den Gegner zu vernichten. Als Beispiel für sittenwidrige Rechtsgeschäfte bezw. -handlungen mögen ferner folgende Tatbestände, die zum Teil auch das RG. in genannten Entscheidungen beschäftigt haben, dienen: Uebermäßige Erschwerung des Geschäftsbetriebes eines anderen enthält dann einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn die Zwangsmittel nach ihrer Art und beabsichtigten Wirkung die gewerbliche Existenz des Gegners untergraben, seinen Kredit oder sein Ansehen in der Geschäftswelt für längere Zeit gefährden.[1]) An anderer Stelle sagt das RG.:[2]) „Die Grenze des im wirtschaftlichen Kampf Erlaubten ist dann überschritten, wenn die Existenz des Betroffenen vernichtet werden soll." Dem entspricht etwa folgender Tatbestand: ein Händler, der vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wird, kann Ware außerhalb des Verbandes nur mit einem so erheblichen Aufschlag oder unter so ungünstigen Bedingungen erhalten, daß er nicht mehr konkurrenzfähig bleibt, oder die ihm gestellten Bedingungen sind unverhältnismäßig schwierig und unbillig.[3]) Die Rechtsprechung des RG. ist ungeheuer reichhaltig; die angeführten Entscheidungen mögen genügen, die grundsätzliche Auffassung des RG. zur Frage des Organisationszwangs darzulegen. In allen Entscheidungen[4]) kehren diese Grundsätze, zumal der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der angewandten Mittel zum erstrebten Ziel, wieder. Die Grundsatzrechtsprechung des RG. hat auch in der Literatur[5]) überall Anerkennung gefunden, nur vereinzelt finden sich Kritiken, welche dann auf der schwierigen Auslegung des Begriffs der guten Sitten beruhen. Es sei noch darauf hingewiesen, daß die Entscheidungen des RG. fast ausschließlich das Verhältnis zwischen Produzentenverband und Außenseiter zum Gegenstand ihrer Untersuchungen gemacht, dabei die Auswirkung des Organisationszwangs auf die Kundschaft vernachlässigt hat.[6]) Das RG. hat die Grundsätze für den Zwang gegen Außenseiter entsprechend angewandt beim Zwang gegen Abnehmer. M. E. besteht eine solche analoge Anwendung zu Recht; denn aus den gleichen Gründen,

[1]) RG. 56, 278.
[2]) Im Recht 16 Nr. 2260.
[3]) RG. 115, 258; in J. W. 27, 118.
[4]) RG. v. 11. 9. 27 in Jahrbuch des Rechts 1927 S. 25.
[5]) Flechtheim a. a. O. S. 7; Kestner-Lehnich a. a. O. S. 242 ff. Isay Studien S. 63 ff.
[6]) Kestner-Lehnich, a. a. O. S. 233.

aus welchen eine Zwangsmaßnahme gegen die Außenseiter die guten Sitten zu verletzen geeignet ist, kann auch der Zwang gegen den Abnehmer eine Verletzung der guten Sitten darstellen. Entscheidend sind in allen Fällen die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Umstände des Einzelfalles.

III. Teil.

Die rechtliche Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen Produzentenverband und Kundschaft bis zum Erlaß der Kartell-Verordnung.

§ 10. Die Umsatz-Bonifikation.

Aus der Fülle der möglichen Geschäftsbedingungen sind diejenigen hervorzuheben und einer ins einzelne gehenden Erörterung zu unterziehen, welche in allen Industriezweigen den Geschäftsverkehr zwischen Produzentenverband und seinen Abnehmern nach gemeinsamen Grundsätzen zu regeln pflegen. Es sind dies die Umsatz-Bonifikation, der Treurabatt, die Exklusivklausel und der Exklusivvertrag. Vorweg sei bemerkt, daß im folgenden Abschnitt eine Unterscheidung zwischen Kartellen im engeren Sinne und anderen wirtschaftlichen Vereinigungen noch nicht erforderlich ist. Die Bezeichnung „Verband" mag daher für alle Wirtschaftsvereinigungen genügen. Unter der Umsatz-Bonifikation ist eine Vergütung zu verstehen, die der Lieferant den Abnehmern verspricht bezw. zahlt, die eine bestimmte Warenmenge bei ihm in einer bestimmten Geschäftsperiode umsetzen. Es handelt sich dabei um eine übliche kaufmännische Absatzregel, die Preise nach der Größe der Umsätze zu staffeln. Der einzelne Kunde wird durch die Aussicht auf die Vergütung veranlaßt, seinen Bedarf nach Möglichkeit beim Verband zu decken, um so relativ billig einzukaufen und konkurrenzfähig zu bleiben. Rechtlich stellt die Umsatz-Bonifikation ein einseitiges Versprechen des Verkäufers dar, von dem der Käufer nach Belieben Gebrauch machen kann, etwa in der oft in Tageszeitungen oder allgemeinen Angeboten zu lesenden Fassung „beim Bezuge von 1000 Stück einer Sorte B vergüten wir einen Skonto von 5 Prozent auf den Grundpreis". Solange die Ausnutzung dieses Versprechens ganz in das Belieben des Käufers gestellt ist, kann gegen derartige Ausschreibungen nichts eingewendet werden. Wie gesagt, ist die Umsatzvergütung ein einseitiges Versprechen. Bezüglich ihrer rechtlichen Struktur können Zweifel darüber bestehen, ob sich dieses Versprechen als Schenkungsversprechen oder als Auslobung darstellt. Ein Schenkungsversprechen würde voraussetzen, daß Inhalt des Versprechens eine aus dem Vermögen des Versprechensgebers

zu leistende unentgeltliche Zuwendung an einen anderen ist, daß ferner, da die Schenkung nach allgemein anerkannter Lehre ein Vertrag ist, der zu Beschenkende zustimmt und daß die gesetzliche Form des § 518 BGB. — notarielle oder gerichtliche Beurkundung — gewahrt ist. Einmal ist die Gewährung der Vergütung nicht unentgeltlich; durch die garantierte Mengenabnahme ist die Vergütung in den Preis einkalkuliert und stellt daher keine unentgeltliche Zuwendung dar. Von einer Form des § 518 kann ebensowenig die Rede sein. Die Umsatzvergütung kann demnach nicht als Schenkungsversprechen angesprochen werden. Die Auslobung des § 657 BGB. ist das öffentlich bekanntgemachte Versprechen einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges. Strittig ist, ob es sich um einen Vertrag oder einseitiges Versprechen handelt. Die Vertreter der dem gemeinen Recht entnommenen Vertragstheorie halten die Bekanntmachung für ein Vertragsangebot an Unbekannt, das durch die Vornahme der Handlung angenommen wird. Der Wortlaut des Gesetzes läßt eine derartige Auffassung nicht zu, es liegt vielmehr ein einseitiges Rechtsgeschäft vor, das den allgemeinen Rechtsvorschriften entsprechen muß, mit anderen Worten weder gesetz- noch sittenwidrig sein darf. Ob die Umsatzvergütung in der obengenannten Form die Voraussetzungen des § 657 BGB. erfüllt, hängt davon ab, daß eine öffentliche Ankündigung des Versprechenden vorliegt. Der Begriff der Oeffentlichkeit verlangt ähnlich dem Begriffe „Publikum" im Sinne des öffentlichen Rechts, daß die Ankündigung sich an eine nach Zahl und Individualität unbestimmbare Personenmehrheit richtet. Die Umsatzvergütung eines Produzentenverbandes wird zwar meist dem Vertragsangebot beigefügt, das sich an einen bestimmten Kunden richtet, in welchem Falle es an dem Begriffe der öffentlichen Bekanntgabe fehlt; es ist aber möglich, daß die Bekanntmachung in Zeitungsinseraten oder dergleichen geschieht oder sich an die Mitglieder eines Abnehmerverbandes schlechthin richtet. Auch in dem letztgenannten Falle handelt es sich um eine öffentliche Ankündigung dann, wenn der Abnehmerverband wie gewöhnlich ein E. V. ist, mithin dessen Mitglieder individuell nicht bestimmt sind. Was die Handlung oder Herbeiführung des Erfolges, für den die Belohnung — die Vergütung — versprochen wird, betrifft, so ist sie darin zu erblicken, daß eine bestimmte Warenmenge abgenommen wird. Die Umsatzvergütung ist demnach unter Umständen geeignet, den Vorschriften des § 657 BGB. ff. zu genügen, sie muß sich natürlich in den Grenzen der allgemeinen Rechtsvorschriften halten.

§ 11. Das Treurabattsystem.

Die bloße Umsatzvergütung, d. h. mit einem im übrigen freien Bezugsrecht des Abnehmers, wurde oben eine übliche

kaufmännische Absatzregelung genannt. Als Geschäftsbedingung eines Verbandes weist sie keine Sonderheiten auf und wird in der einfachen Art nur selten vorkommen. Im engsten Zusammenhang mit ihr steht der sogenannte Treurabatt. Hierbei ist die Gewährung der Vergütung von anderen Voraussetzungen abhängig. Die Umsatz-Bonifikation verlangt lediglich Abnahme einer bestimmten Warenmenge. Das Wesen des Treurabatts dagegen liegt, wie schon sein Name sagt, in einer gewissen Treupflicht, wobei aber zu bemerken ist, daß das System verschiedene Arten des Rabatts kennt. Der Treurabatt wird denjenigen Abnehmern bewilligt, die während einer Geschäftsperiode ihren Bedarf ausschließlich bei Verbandsmitgliedern gedeckt haben und auf Aufforderung hin die schriftliche Erklärung abgeben, daß sie während der vorgeschriebenen Zeit nur mit Verbandsmitgliedern abgeschlossen haben. Das ist die einfachste Form des Treurabatts; sie unterscheidet sich von der Umsatzvergütung lediglich dadurch, daß nicht die bestimmte Mengenabnahme, sondern der ausschließliche Bezug der Verbandsware zur Voraussetzung der Gewährung des Rabatts gemacht wird. Rechtlich dagegen liegt darin kein Unterschied; denn auch beim einfachen Treurabatt handelt es sich um ein einseitiges Versprechen: der Verband verspricht die Gewährung eines Rabatts für die Vornahme einer Handlung; diese Handlung liegt darin, daß der Abnehmer seine Waren ausschließlich bei Verbandsmitgliedern bezieht. Damit ist keinerlei Verpflichtung für den Kunden verbunden. Ihm ist es freigestellt, mit dem Verband in Geschäftsverkehr zu treten oder nicht. Hat er aber im Laufe einer Geschäftsperiode seine gesamte Ware vom Verband bezogen und weist er das am Schluß der Periode nach — die schriftliche Erklärung wird dabei nicht immer verlangt —, so hat er einen Anspruch auf Gewährung des Treurabatts. Dieser Anspruch beruht nicht auf Vertrag, sondern auf dem einseitigen Versprechen des Verbandes, welches die Rechtsnatur einer Auslobung hat. Die Bedingungen, d. h. der ausschließliche Bezug beim Verband, sind nicht auflösende Bedingungen im Sinne des § 158 BGB., vielmehr bilden sie condiciones iures der Auslobung, ebenso wie etwa beim Werkvertrag die Herbeiführung des Erfolges nicht als vertragliche Bedingung anzusehen ist.

Eine strengere Form des Treurabattsystems ist der sogenannte Treuverpflichtungsvertrag: es verpflichten sich die Abnehmer dem Verband gegenüber vertragsmäßig zum ausschließlichen Bezug von Verbandsmitgliedern während eines bestimmten Zeitabschnittes. Der Rabatt wird sogleich bei Ausstellung der Rechnung jeweils vom Käufer selbst in Abzug gebracht und ist dann lediglich im Falle eines schuldhaften Verstoßes gegen die eingegangenen Verpflichtungen vom Abnehmer zurückzubezahlen. Eine andere Art der Berechnung liegt vor, wenn der Rabatt erst am Ende der Geschäftsperiode zur Auszahlung ge-

langt. Volkswirtschaftlich betrachtet birgt diese zweite Art die große Gefahr in sich, daß der Abnehmer, falls er Händler oder Weiterverarbeiter ist, seinerseits den um den Treurabatt erhöhten Rabatt in seine Kalkulation einsetzt, während vom Standpunkt einer gesunden Preispolitik dafür Gewähr geleistet sein muß, daß auch der Abnehmer nach dem von ihm wirklich bezahlten Kaufpreis seine Preise kalkuliert. Allgemein wird der oben gemachte Unterschied zwischen einfachem Treurabatt und dem von uns sogenannten Treuverpflichtungsvertrag in der Literatur[1]) nicht gemacht, vielmehr bezeichnet man beide Formen schlechthin als Treurabatt und unterwirft sie gleichen Rechtsgrundsätzen, wobei m. E. verkannt wird, daß rechtlich betrachtet ganz unterschiedliche Rechtsgeschäfte vorliegen. Während der einfache Treurabatt gleich der Umsatzvergütung eine Verpflichtung für die Abnehmer insofern nicht erzeugt, als es ihnen freigestellt ist, von dem Angebot des Verbandes Gebrauch zu machen, enthält der Treuverpflichtungsvertrag ein gegenseitiges Rechte- und Pflichtenverhältnis. Die Grenze zwischen beiden Arten ist oft schwierig zu ziehen. Ein der Praxis entnommenes Beispiel hierfür mag diese Schwierigkeit dartun: „Diejenigen Kunden, die ihre sämtlichen Aufträge in Vertragsware ausschließlich den Mitgliedern des Verbandes zukommen lassen, sind berechtigt, auf alle Rechnungsbeträge 5 Prozent Schutzskonto in Abzug zu bringen. Der Rabatt ist weiter an folgende Bedingungen geknüpft:

1. daß es sich bei den Auftragserteilungen lediglich um den eigenen Bedarf des Auftraggebers handelt,
2. daß der Kunde die Waren nur zu verbandsmäßigen festgelegten Preisen bezogen hat,
3. daß alle Zahlungsverpflichtungen voll erfüllt sind.

Der Abzug des Skontos kann bei jeder Einzelfaktura bei ihrer Bezahlung erfolgen; der Kunde versichert durch den Abzug, daß er während des bis zum Zahltag verflossenen Geschäftsabschlusses die gestellten Bedingungen erfüllt hat und erfüllen wird. Die vorläufigen Abzüge erlangen aber erst dann volle Berechtigung, wenn am Ende des Geschäftsjahres nachgewiesenermaßen sämtliche Rabattbedingungen erfüllt sind.“[2]) Es ist zweifelhaft, ob in dieser Fassung der Treurabatt einen Vertrag oder ein einseitiges Versprechen darstellt. Daß aus dem Treurabatt für den Kunden ein unstreitiges Forderungsrecht entsteht, ist juristisch unbedenklich. Doch ist das kein Argument für die Auffassung, daß ein Vertrag diesem Forderungsrecht zugrunde liege; ein ebensolches Forderungsrecht enthält auch die

[1]) Lehnich-Fischer, a. a. O. S. 110.
Isay-Tschierschky, a. a. O. S. 58.
Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht, S. 149.
Haußmann Hollaender, a. a. O. S. 93 ff.

[2]) Aehnliches Beispiel bei Kestner-Lehnich a. a. O. S. 65.

Auslobung. Tschierschky[1]) sieht in dem obigen Beispiel einen Vertrag, der dadurch zustande kommt, daß der Abnehmer von Fall zu Fall durch den Abzug des Skontos stillschweigend sich der Verpflichtung zum ausschließlichen Verbandsbezug unterzieht. Wenn die Treurabattklausel, wie es in einem ähnlichen Fall Reinbek[2]) voraussetzt, in allgemeiner Bekanntgabe an das kaufende Publikum schlechthin oder an die Mitglieder eines Verbandes erfolgt, so ist m. E. seiner Auffassung, daß eine derartige Treurabattklausel keine Verpflichtung für den Kunden auslöst, Recht zu geben. Man kommt hiermit zu dem Ergebnis, daß es sich dann um ein einseitiges Versprechen des Verbandes handelt. Allerdings läßt die Fassung des obigen Beispiels nicht klar erkennen, ob unter Umständen nicht doch und worin eine Verpflichtungserklärung zu erblicken ist. Ist nämlich die Treurabattklausel einem Lieferungsangebot an einen bestimmten Abnehmerkreis beigefügt, und erklärt sich dann der einzelne Abnehmer — meist schriftlich durch Bezugnahme auf die Rabattklausel oder auch durch konkludente Handlung, etwa dadurch, daß er während der Geschäftsperiode mehrmals den Rabatt von sich aus in Abzug bringe — dem Verband gegenüber dazu bereit, die zur Voraussetzung der Rabattgewährung gemachten Bedingungen zu erfüllen, so ist darin wohl der Abschluß eines Vertrages, und zwar eines gegenseitigen, zu erblicken. Eine dritte Ansicht wird von Mayer-Alberti[3]) vertreten, der die Treurabattklausel für einen nicht wesentlichen Bestandteil des Lieferungsvertrags zwischen dem einzelnen Kartellmitglied und dem Abnehmer hält. Er verkennt dabei, daß der Treurabatt eine Erscheinung des Kollektivrechts ist. Wir kommen damit zu der weiteren Frage, wem gegenüber der Kunde das einklagbare Recht auf Rabattgewährung hat. Vertragsgegner des Kunden ist das Kartellmitglied, nicht das Kartell. Es liegt daher die Gefahr nahe, das Forderungsrecht aus dem Einzellieferungsvertrag herzuleiten. Andererseits wird der Treurabatt nicht vom Kartellmitglied, sondern vom Kartell festgesetzt.[4]) Die Pflicht des Mitgliedes, den Treurabatt zu gewähren, besteht nicht gegenüber dem Kunden, wohl aber gegenüber dem Kartell, welches das Mitglied zur Erfüllung dieser Kartellpflicht mit Mitteln des inneren Organisationszwangs anhalten kann. Weil der Treurabatt vom Kartell kumulativ festgesetzt wird, weil ferner seine Berechnung auf die Gesamtheit der Mitglieder erfolgt, damit der einzelne Kartellgenosse nicht unter Umständen einen unverhältnismäßig hohen Rabatt bei nur geringem Absatz zu tragen hat, ist die Ansicht Mayer-

[1]) Kartell-Organisationen S. 140.
[2]) In Kart.-Rdsch. 1925 S. 408.
[3]) In J. W. S. 157.
[4]) Goldbaum a. a. O. § 9 Anm. 4.

Albertis[1]) abzulehnen, der dem Kunden ein Recht gegen den einzelnen Lieferanten zugesteht. Vielmehr richtet sich dieses Recht gegen das Kartell, denn es erwächst, falls sich aus dem Einzelvertrag nichts anderes ergibt, aus dem Abkommen zwischen dem Kartell und den Kunden, das zwar erst durch den Abschluß des Lieferungsvertrags zustande kommt.

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu prüfen, ob in jedem Fall des Treurabatts dieser als eine Konventionalstrafe — gerichtet gegen Abnehmer wie Lieferanten, soweit sie von Außenseitern beziehen bezw. an sie liefern — anzusehen ist. Auch hierüber sind sich die Schriftsteller nicht einig. Zweifellos enthält der Treurabatt eine Preisdifferenzierung. Auf eine solche läuft auch die Konventionalstrafe hinaus. In der Wirkung ist also der Treurabatt der Vertragsstrafe gleichzusetzen. Dennoch ist es m. E. nicht richtig, in jedem Fall den verwirkten Treurabatt rechtlich als Vertragsstrafe zu bezeichnen, das hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalles ab. In dem Fall des hier sogenannten einfachen Treurabatts kann von einer Vertragsstrafe naturgemäß nicht die Rede sein; eine solche setzt, wie ihr Name schon sagt, den Abschluß eines Vertrages voraus. Doch auch beim Treuverpflichtungsvertrag ist nicht unbedingt jeder Verlust des Treurabatts eine Vertragsstrafe im Sinne des § 339 BGB. Wenn der Kunde sich zum ausschließlichen Verbandsbezuge verpflichtet hat und im Falle der Verletzung dieser Verpflichtung lediglich des Anspruchs auf den Treurabatt verlustig geht, so ist das keine Vertragsstrafe; wenn andererseits die am Schlusse der Geschäftsperiode zu zahlende Gesamtsumme sich nach der Höhe dieser Rabatte berechnet, so gibt diese Art der Berechnung noch nicht das Recht, an dem buchstäblichen Sinne der „Strafe" des § 339 BGB. zu haften und eine Vertragsstrafe abzulehnen. Mit anderen Worten: nur wenn der Rabatt eine Gegenleistung für Verbandstreue, nicht dagegen, wenn es sich um einen bloßen Vorzugspreis handelt, kann von einer Vertragsstrafe gesprochen werden. Ein weiterer zu beachtender Gesichtspunkt ist der, ob gegenüber nur geringfügiger Verletzung der Verbandstreue durch Außenseiterbeschäftigung der Gesamtverlust der schon vorläufig abgezogenen Rabatte noch als angemessen zu erachten ist. Ist der Treurabatt eine Vertragsstrafe, so kann der vertraglich festgesetzte, aus der Höhe der einzelnen Rabatte zu errechnende Gesamtverlust gemäß § 343 BGB. herabgesetzt werden, doch gemäß § 348 HGB. nur, wenn der Schuldner nicht Vollkaufmann ist. Liegt der Fall dagegen des einfachen Treurabatts, d. h. eines Vorzugspreises für den gebotenen größeren Umsatz vor, so kommt eine Herabsetzung nach § 343 BGB. nicht in Frage, weil nur vertragsmäßig festgesetzte Strafen herabgemindert werden können.

[1]) J. W. 1924 S. 157.

Dennoch ist das Ergebnis, zu dem Reinbek auf Grund obigen Gesichtspunkts kommt, m. E. nicht berechtigt. Selbst wenn man den Fall des einfachen Treurabatts, d. h. der Auslobung, voraussetzt, kann man nicht nur aus dem Grunde, weil § 343 dann nicht zur Anwendung kommen kann, den Gesamtverlust bei nur geringfügiger Verletzung der Verbandstreue als angemessen betrachten. Ein solches Ergebnis wäre außerordentlich unbillig; ihm ist entgegenzuhalten, daß einmal eine Vertragsstrafe, die unverhältnismäßig hoch ist, wider die guten Sitten verstoßen kann, daß ferner eine Auslobung mit entsprechendem Inhalt ebenso sittenwidrig sein kann. Es ist hieraus ferner zu ersehen, daß man das von Reinbek[1]) als „in der Natur der Auslobung liegend" bezeichnete unbillige Ergebnis seiner Auffassung, daß der einfache Treurabatt eine Auslobung darstelle, nicht entgegenhalten kann. Da die Anwendung des § 343 BGB. nur bei Minderkaufleuten in Frage kommen kann, ist auch in allen Treuverpflichtungsverträgen, in denen der Rabattverlust eine Vertragsstrafe darstellt, nur mit Hilfe der allgemeinen Rechtsgrundsätze der §§ 138, 826 BGB. eine Befreiung von unverhältnismäßig hohem Rabattverlust für den Abnehmer zu erreichen.

Bei der allgemeinen Erörterung des Verhältnisses des Verbandes zu seiner Kundschaft wurde schon darauf hingewiesen, daß der Treurabatt möglicherweise gegen die Bestimmungen der Preistreibereiverordnung vom 13. Juli 1923 verstoßen konnte. Besagtes Gesetz war eine Schutzvorschrift gegen die damalige ungesunde Preispolitik der Inflationszeit, es wurde am 19. Juli 1926 aufgehoben. Der Treurabatt stellt, wie die Umsatzvergütung, eine gewisse Preisdifferenz dar, d. h. derjenige Kunde, der die Treuverpflichtung nicht eingeht, zahlt einen oft wesentlich höheren Preis als der Kunde, der die Verpflichtung auf sich nimmt. An sich ist eine derartige Preisdifferenzierung eine im kaufmännischen Leben übliche Erscheinung. Man kann dem Fabrikanten nicht zumuten, viel weniger noch ihn zwingen, bei der Ungleichheit seiner Kunden — der eine ist seit Jahren sein Abnehmer, ein anderer kauft nur bei Gelegenheit — einheitliche Preise festzusetzen. Warum sollte das, was dem Einzelkaufmann in keiner Weise als Unrecht auszulegen ist, dem Verband verboten sein? Eine andere Frage ist die, ob der durch die Nichtgewährung des Rabatts erhöhte Preis einen übermäßigen Gewinn im Sinne der Preistreibereiverordnung enthält, was bei unangemessener Höhe leicht möglich ist. Es kommt auf die Art der Berechnung an. Geht man davon aus, daß der Preis ohne Rabatt der übliche und mithin auch ein der Marktlage und dem vom Erzeuger zu erzielenden Gewinn entsprechende ist, so wäre in einem Falle, wo von vornherein ein Preis inklusive Treurabatt vereinbart wird, eine solche Abmachung zweifellos ein

[1]) a. a. O. S. 409.

Preissteigerungskomplott,[1]) was gemäß § 1 Preistreibereiverordnung den ganzen Vertrag nichtig machen würde. Anders liegt der Fall, wenn ein Kunde die Treuverpflichtung zwar eingeht, sie aber nicht hält und dann den schon in Abzug gebrachten Teilrabatt zurückerstatten muß. Da hier der Verkäufer nur den üblichen um den Treurabatt geminderten Preis gefordert und erhalten hat, kann man von einer Preissteigerung nicht sprechen. Der Unterschied liegt darin, daß einmal der geforderte Preis einen Ueberpreis darstellt, während im zweiten Falle der übliche Preis gefordert wird, und zwar mit Vereinbarung einer evtl. Nachzahlung; doch kann diese Vereinbarung, daß bei Nichteinhaltung der gestellten Bedingungen ein Nachpreis zu zahlen ist, den Preis als solchen nicht zu einem übermäßigen machen. Den Treurabatt eine unlautere Machenschaft im Sinne der Preistreibereiverordnung zu nennen, ist abwegig; eine solche läge nur dann vor, wenn das zum Zweck der Preissteigerung angewandte Mittel — hier die Treurabattbestimmung — auch an sich sittenwidrig wäre.

Eine besondere Art des Treurabatts ist das den Schiffahrtsverbänden eigentümliche System des zurückgestellten Rabatts. Inhalt einer derartigen Rabattklausel ist folgender: der Exporteur läßt während einer Geschäftsperiode seine sämtlichen Güter, die in der Hin- und Herrichtung der betreffenden Schiffahrtslinie laufen, nur durch Schiffe des Verbandes, Konferenz genannt, befördern; er hält sich von jeder direkten oder indirekten Beteiligung an Außenseiterverschiffungen fern und erhält dafür, wenn er unterschriftlich erklärt, die Konferenztreue gewahrt zu haben, einen Treurabatt. Um den Exporteur auch noch nach Ablauf der Geschäftsperiode — nach deren Ablauf ist der Anspruch auf den Treurabatt zur Entstehung gelangt — an den Schifferverband zu fesseln, wird der fällige Rabatt nicht ausbezahlt, sondern zurückgestellt und erst ausbezahlt, wenn der Kunde auch während der nächsten Geschäftsperiode seine Verbandstreue bewiesen und damit einen neuen Anspruch auf Zahlung des Treurabatts erworben hat, d. h. diesen auch wieder mit der Rückstellungsklausel behaftet. Es besteht keine rechtliche Verpflichtung für den Exporteur, seine Ueberseegüter nur mit Verbandsschiffen befördern zu lassen, es liegt vielmehr in seinem freien Ermessen, mit welchen Schiffen er seine Güter befördern lassen will. Da eine vertragsmäßig übernommene Verpflichtung zur Verbandstreue fehlt, handelt es sich um den Fall des einfachen Treurabatts. Doch wird durch die Rückstellung des Rabatts wirtschaftlich ein außerordentlich starker Druck auf

[1]) Auch Reinbek a. a. O. S. 410 steht auf dem Standpunkt, daß eine Preisübersetzung dann vorliege, wenn der durch Uebernahme der Treuverpflichtung erreichbare Vorteil den Preis erst auf das angemessene Maß zurückführe.

den Exporteur ausgeübt, der einem Knebelungsvertrag nicht viel nachsteht. Die rechtliche Zulässigkeit einer derartigen Rabattklausel ist daher im Einzelfalle einer genauen Prüfung zu unterziehen, sie wird nicht selten eine Verletzung der guten Sitten darstellen. Mit Recht spricht daher Tschierschky[1]) von einer „raffinierten Fesselung der Kundschaft".

§ 12. Die Exklusivklausel.

Mit dem Treurabatt ist meist eine Exklusivklausel verknüpft. Soweit der Treurabatt eine Verpflichtung für den Abnehmer enthält, bezieht diese sich auf den ausschließlichen Verbandsbezug; die Exklusivklausel geht weiter: die Nichtachtung der Treupflicht beim Treuverpflichtungsvertrag hat den Verlust des Rabatts zur Folge. Die Exklusivklausel knüpft dagegen an die Verletzung der Verbandstreue den Ausschluß vom Geschäftsverkehr mit den Verbandsmitgliedern. Die Exklusivklausel, die sich im Gegensatz zu dem Exklusivvertrag an den einzelnen Abnehmer verwendet, verfolgt wirtschaftspolitisch den Zweck, durch die den Abnehmern auferlegte Verpflichtung zum ausschließlichen Verbandsverkehr lästige Außenseiter zu treffen und sie dadurch entweder zu vernichten oder zum Anschluß an den Verband zu zwingen. Ist eine derartige Klausel nicht mit einem Treurabatt verbunden, wird, mit anderen Worten, für die übernommene Verpflichtung ein Entgelt vom Verband nicht gewährt, so handelt es sich um ein nur den Kunden verpflichtendes, den Verband in keiner Weise belastendes Rechtsgeschäft. Daß derartige Abmachungen die Gefahr einer Verletzung der guten Sitten in sich bergen, liegt nahe. Meist ist denn auch mit der Uebernahme der Verpflichtung zum ausschließlichen Verbandsverkehr die Gewährung eines Treurabatts verbunden. Diese inhaltschweren Abmachungen werden ihrer äußeren Kürze wegen Reverse oder Verpflichtungsscheine genannt, wodurch der Eindruck erweckt wird, als ob darunter ein nur den Abnehmer belastendes Rechtsgeschäft zu verstehen wäre. Im allgemeinen liegt jedoch ein seinem ganzen Wesen nach durchaus gegenseitiger Vertrag vor, in welchem sich einerseits die Verbandsmitglieder zur Gewährung von Vorteilen, die sich meist auf dem Gebiet der Preisfestsetzung bewegen, andererseits die Abnehmer zum ausschließlichen Verbandsverkehr verpflichten. Als Vertragsgegner stehen sich gegenüber einmal der betreffende Abnehmer und auf der anderen Seite ein Rechtssubjekt, das sich aus der verschiedenen Rechtsform der Verbände ergibt. Wie tief eine solche Geschäftsbedingung oft in das Erwerbs- und Wirtschaftsleben des Kunden einschneidet, beweisen die hef-

[1]) Kartell-Organisationen S. 140.

tigen Angriffe[1]) gegen die Exklusivklausel, die von den Gedanken getragen werden, daß es ein unhaltbarer Zustand sei, wenn der Abnehmer durch die Uebernahme der Treupflicht bezw. durch die Androhung des Ausschlusses vom Geschäftsverkehr in völlige Abhängigkeit vom Verband geriet. Andererseits kann nicht oft genug darauf hingewiesen werden, daß die wirtschaftlich größere Machtstellung nicht immer auf Seiten der Produzenten liegt. Daß die Lage auch wechselt, geht aus einem Ausspruch eines Kohlengroßhändlers hervor gelegentlich einer Protestversammlung gegen die neu entstandenen Kohlensyndikate: „Der Händler muß nun gehorchen, wo er gewohnt gewesen ist, zu befehlen."[2]) Doch sind die Händlerkartelle in der Minderzahl. Naturgemäß sucht auch der Abnehmer seinen Vorteil in jeder Hinsicht zu wahren. Dem Abschluß derartiger Verträge mit der Klausel des ausschließlichen Verbandsverkehrs gehen meist heftige Wirtschaftskämpfe voraus, in welchem die schwächere der stärkeren Wirtschaftsgruppe — das ist im Fall des Einzelvertrages, wie ihn die Exklusivklausel darstellt, naturgemäß der Abnehmer — weichen muß. Nutzt der Sieger seine Vormachtstellung in einem Maße aus, daß er den Unterlegenen Bedingungen diktiert, welche für diesen untragbar sind, so liegt darin die Gefahr eines Mißbrauchs. Der obenerwähnte Fall, daß ein Verband seine Abnehmer durch Androhung des Ausschlusses zur Uebernahme der Treuverpflichtung zwingt, ohne ihm dafür irgend einen Vorteil zu bieten, trägt das Merkmal der Unbilligkeit auf der Stirn. Was im Einzelfalle als unbillig bezw. als eine Verletzung der guten Sitten zu bezeichnen ist, kann hier unerörtert bleiben. Die vom RG. auf Grund derartiger Tatbestände herausgebildeten Grundsätze wurden an anderer Stelle erläutert. Auf einen Punkt sei aber noch hingewiesen: die Exklusivklausel stellt, wie bemerkt, einen Vertrag dar; sie unterliegt daher den allgemeinen Rechtsvorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge, darf also weder ein gesetzliches Verbot noch eine Verletzung der guten Sitten enthalten. Ist die Exklusivklausel sittenwidrig, so ist damit noch nicht ohne weiteres eine Nichtigkeit gemäß § 138 BGB. verbunden. § 138 setzt voraus, daß das Rechtsgeschäft selbst seinem Gesamtcharakter nach sittenwidrig ist, es genügt also nicht, daß irgendwie bei den das Geschäft begleitenden Gedanken und Absichten ein Verstoß gegen die guten Sitten vorgekommen ist. Motiv und Zweck machen ein Rechtsgeschäft nur in den Fällen nichtig, wo sie als Bedingung oder Rechtsgrund in das Geschäft aufgenommen

[1]) Liefmann in Handwörterbuch der Staatswissenschaften S. 619 20. Calwer in Handel und Wandel, Jahresber. über Wirtschaft und Arbeitsmarkt. Jahrg. 1900 S. 37 nennt die Exklusivklausel ein rücksichtsloses Mittel, das den Käufer auf einen rechtlich inferioren Standpunkt herabdrückt.

[2]) Friedrich Ferdinand, a. a. O. S. 12.

sind. Wenn dagegen auch der Kontrahent den gleichen unsittlichen Zweck verfolgt, so ist der Gesamtcharakter des Geschäfts ein sittenwidriger und dieses damit nichtig. Auch das RG.[1]) verlangt zur Anwendung des § 138, daß die subjektiven Voraussetzungen von beiden Seiten erfüllt sind. Nach anderen Entscheidungen[2]) ist von der hier aufgestellten Regel dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Sittenwidrigkeit des Handelns des einen Teils gerade in seinem Verhalten gegenüber dem anderen Vertragsteil liegt. Eine Anwendung des § 138 BGB. auf die Exklusivklausel setzt demnach voraus, daß die Abmachung sich unmittelbar gegen den Abnehmer richtet, wenn beispielsweise ein Verband einen Abnehmer durch die Exklusivklausel zum wirtschaftlichen Ruin führen will. In den meisten Fällen verfolgt der Verband, wie gesagt, bei Auferlegung dieser Geschäftsbedingungen den Zweck, die Außenseiterkonkurrenz lahmzulegen. In derartigen Fällen kann, falls nicht auch der Abnehmer die gleiche Tendenz verfolgt, die Exklusivklausel nicht nach § 138 als nichtig bezeichnet werden. Neben § 138 ist aber noch Raum für die Anwendung des § 826. Der Begriff der guten Sitten, der im BGB. dreimal erwähnt wird, ist immer derselbe, zu beachten ist aber, daß der Verstoß jedesmal durch verschiedenes bewirkt wird: im § 138 durch das Rechtsgeschäft, im § 817 durch den Zweck der Leistungsannahme, im § 826 durch die Art und Weise der Schädigung. Wenn also der Abnehmer durch den in Ausführung der in der Exklusivklausel ausgesprochenen Drohung erfolgten Ausschluß in sittenwidriger Weise geschädigt wird, gewährt ihm § 826 einen Schadensersatzanspruch. Eine nur mittelbare Schädigung genügt nicht. Im Einzelfall ist daher stets zu prüfen, ob durch den Ausschluß unmittelbar der Abnehmer in seiner wirtschaftlichen Existenz in erheblicher sittenwidriger Weise geschädigt wird, wenn dieser Erfolg in keinem Verhältnis zu dem erstrebten Ziel steht. Wird, wie in den meisten Fällen, der Außenseiter geschädigt, so mag dieser unter Umständen einen Anspruch aus § 826 haben, nicht aber der Abnehmer. § 826 gewährt neben Schadensersatzansprüchen auch solche auf Unterlassung. Daß in Fällen rechtswidriger Schadenszufügung auch ein Recht auf Unterlassung besteht, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind, ist heute anerkannten Rechts.[3]) Man kann hierbei zwar nicht soweit gehen, daß man den Anspruch ein subjektives Recht nennt. Das RG. hat in älterer Rechtsprechung[4]) den Grundsatz aufgestellt, daß ein Unterlassungsanspruch nur dann anzuerkennen sei, wenn keine andere Schutzvorschrift, etwa eine strafrechtliche, bestehe. Das RG. ging dabei von der m. E. unrichtigen Voraussetzung

[1]) RG. 114, 341; 99, 107; 78, 353.
[2]) RG. 93, 30; 108, 217.
[3]) § 242 bei Enneccerus Lehmann und die dort Zitierten.
[4]) RGE. 48, 114; 57, 157; 60, 6.

aus, daß es die Folgen einer Rechtsverletzung im Zivil- und Strafrecht gleichsetzte. Diese sind aber grundverschieden: die Strafandrohung will das öffentliche Interesse schützen, während der zivilrechtliche Schadensersatzanspruch und die Unterlassungsklage den Schutz des privaten Interesses verfolgt. Dieser Erkenntnis entsprechend, hat das RG. in einer späteren Entscheidung[1]) den oben aufgestellten Grundsatz verlassen. Heute besteht sogar die Forderung nach einer allgemeinen Unterlassungsklage bei jeder Schadenszufügung, mag sie auch weder subjektiv noch objektiv rechtswidrig sein. Auf den hierüber schon seit Jahren in der Literatur[2]) herrschenden Streit kann hier nicht weiter eingegangen werden.

Aus dem Gebiet der unerlaubten Handlungen ist in diesem Zusammenhang noch § 823 BGB. zu nennen. § 823, I spricht u. a. von einem „sonstigen Recht". Das RG.[3]) zählt zu den sonstigen Rechten auch den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Voraussetzung der Anwendung des § 823 ist jedoch, daß der Eingriff unmittelbar erfolgt, der Betrieb selbst muß beispielsweise gestört sein, die Schließung des Unternehmens muß verlangt werden. Wirtschaftlicher Verlust oder Störung der Aussicht auf Erwerb genügen nicht. Die Exklusivklausel ist demnach m. E. nicht geeignet, einen unmittelbaren Eingriff in den Betrieb des Abnehmers darzustellen, so daß § 823, I keine Anwendung finden kann. Dagegen sehr wohl Absatz II, wenn nämlich die Exklusivklausel von einem Kartell im Sinne des § 1 Kart. Vo. ausgeht und die unter Umständen notwendige Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts (§ 9 Kart. Vo.) nicht erteilt ist. Daß § 9 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823, II BGB. ist, und daß die Exklusivklausel möglicherweise eine Verletzung dieses Schutzgesetzes enthalten kann wird bei der Erörterung der Verhältnisse zwischen Produzentenverband und Abnehmer seit Geltung der Kartellverordnung genauer untersucht werden.

§ 13. Der Exklusivvertrag.

Die bisher erörterten Geschäftsbedingungen — Umsatz-Bonifikation, Treurabattsystem, Exklusivklausel — sind die Grundlage für die Rechtsbeziehungen zwischen Produzentenvereinigung und den einzelnen Abnehmern. Davon unterscheidet sich der Exklusivvertrag als eine Geschäftsbedingung, welche die rechtlichen Verhältnisse zwischen zwei Verbänden meist verschiedener Wirtschaftsstufen regelt. Vorweg sei bemerkt, daß unter Abnehmerverbänden hier nicht nur Zusammenschlüsse von Händlern zu verstehen sind, Abnehmerverband kann auch ein

[1]) Neukamp i. J. W. 1915 S. 113; Enneccerus-Lehmann § 242;
[2]) RGE. 77, 217.
Rosenthal in J. W. 1922 S. 595; Finger in J. W. 1919 S. 564.
[3]) RGE. 102, 225.

industrielles Kartell sein; man denke an die Beziehungen zwischen Urerzeugung und Weiterverarbeitung, beispielsweise in der Eisenindustrie zwischen Zeche und Maschinenfabrik, in der Textilindustrie zwischen Webereien und sogenannten Textilausrüstungsgesellschaften usw. Abnehmerverbände sind ferner Einkaufsgenossenschaften, Konsumvereine usw. Der Exklusivvertrag, wie bemerkt im Gegensatz zur Exklusivklausel, ein Kollektivvertrag, ist eine besondere Form des sogenannten Gegenseitigkeitsvertrages mit dem Inhalt, sich gegenseitig den ausschließlichen Verbandsverkehr zu sichern. Zwei Vereinigungen — es brauchen nicht begriffsnotwendig Kartelle zu sein — schließen miteinander einen Vertrag ab, in dem sie neben anderen hier nicht interessierenden Bedingungen sich gegenseitig zum ausschließlichen Verbandsverkehr verpflichten; mit anderen Worten, die Mitglieder des einen Verbandes dürfen nur an Mitglieder des anderen liefern, wie umgekehrt die Mitglieder der Abnehmervereinigung nur von Mitgliedern des Produzentenverbandes Waren beziehen dürfen. Es sei gestattet, einige Worte über die wirtschaftspolitischen Beweggründe zu sagen, welche zum Abschluß solcher Gegenseitigkeitsverträge führen. Wenn die obengenannten Geschäftsbedingungen — Umsatz-Bonifikation, Treurabattsystem, Exklusivklausel — unter dem Gesichtspunkt des Organisationszwangs betrachtet wurden, so spielt dieser Gesichtspunkt bei den Gegenseitigkeitsverträgen eine noch größere Rolle. Einmal ist es möglich, daß die Tendenz der abschließenden Verbände dahin geht, die eigenen Mitglieder zum Kartellgehorsam zu zwingen und sich so gegenseitig ihren Mitgliederbestand zu sichern. Auf Grund eines solchen Gegenseitigkeitsvertrages eines Produzentenverbandes mit einem Abnehmerverband verpflichtet sich dieser, auf Ersuchen seines Vertragsgegners, dessen Mitglieder zu sperren. Doch sind derartige, dem inneren Organisationszwang dienende Abmachungen nicht üblich. Vielmehr verfolgen die Verbände bei ihren Gegenseitigkeitsverträgen ein anderes Ziel: es soll sowohl Neugründung von Konkurrenzunternehmungen, wie die Durchkreuzungspolitik starker Außenseiter verhindert werden; daher ihr Name Exklusivverträge im engeren Sinne. Im engeren Sinne, weil Liefmann[1]) und die übrige Kartell-Literatur schlechthin unter Exklusivverträgen alle Sperrmittel verstehen. Die Exklusivverträge sind ein typisches Mittel des äußeren Organisationszwanges; sie werden nicht selten einem einseitigen Diktat, meist der Produzentenvereinigung, soweit es das Verhältnis zwischen dieser und einem Händlerkartell betrifft, entspringen, im übrigen aber nur auf einer gewissen Abstimmung der beiderseitigen Interessen beruhen. Diese sind, da es sich um völlig verschiedene gegensätzliche Interessen handelt — der Pro-

[1]) Liefmann in Kartell-Rdsch. 1928 S. 2.

duzent sucht möglichst hohe Preise, der Abnehmer möglichst niedrige Preise und billige Abnahmebedingungen zu erreichen — nur schwer auszugleichen. Grundmotiv ist die gemeinsame Marktpolitik, die einer Monopoltendenz sehr nahe kommt.

Ein dem Verfasser im Original vorliegender Gegenseitigkeitsvertrag mag der Betrachtung zum Vorbild dienen. Vertragsparteien sind „der Verband deutscher Samt- und Plüschfabrikanten, Krefeld", und „die Vereinigung der deutschen Samt- und Seidenwaren-Großhändler, Berlin". Der Vertrag ist abgeschlossen 1930. Es heißt dort im § 2: „Die Mitglieder des Fabrikantenverbandes verpflichten sich, Vertragswaren (gemäß § 1 des Vertrags) nicht an folgende Abnehmerkreise zu verkaufen: 1. Einzelhandelsfirmen, 2. Konfektionsbetriebe, 3. Einkaufsverbände." Dagegen verpflichten sich in § 9 die Mitglieder der Händlervereinigung, alle Vertragswaren nur vom Fabrikantenverband zu beziehen. Die übrigen Bestimmungen des Vertrags über Muster, Lieferzeit, Erfüllungsort, Gerichtsstand usw. interessieren hier nicht. Ein ähnliches Beispiel bildet der in der Entscheidung Nr. 59 der vom Reichsverband der deutschen Industrie herausgegebenen Sammlung von Kartell-Gerichts-Entscheidungen abgedruckte Gegenseitigkeitsvertrag zwischen dem „Verband deutscher Fahrradteile-Fabrikanten" und dem „Schutzverband deutscher Fahrradteile-Grossisten". Nach § 5 dieses Vertrages sind die Mitglieder des Grossistenverbandes verpflichtet, ausschließlich von den Mitgliedern des Fabrikantenverbandes zu beziehen. Nach § 2 dürfen die Mitglieder des Fabrikantenverbandes Verbandsware zu Grossistenpreisen nur an Mitglieder des Grossistenverbandes verkaufen. Diese beiden Beispiele werden das Wesen der Exklusivverträge genügend dartun. Da derartige Verträge Kollektivverträge sind, richten sich ihre Bestimmungen nicht an Einzelindividuen, sondern an die Gesamtheit der Mitglieder der vertragsschließenden Verbände. Unstreitig haben sie die Rechtsnatur eines gegenseitigen Vertrages, da auf beiden Seiten Rechte und Pflichten erzeugt werden; es finden die Vorschriften der §§ 306 ff. BGB. wie die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung. Eine nochmalige eingehende Untersuchung der Zusammenhänge erübrigt sich, weil es im großen und ganzen eine Wiederholung sein würde. Zusammenfassend sei gesagt: der Abschluß eines Exklusivvertrags ist gemäß § 138 BGB. dann als nichtig zu bezeichnen, wenn zwar die Maßnahme gegen Außenseiter gerichtet ist, aber beide Verbände den sittenwidrigen Zweck verfolgen, die beiderseitigen Außenseiter wirtschaftlich zu ruinieren; es kommt hierbei wieder auf die Verhältnismäßigkeit der ergriffenen Maßnahmen zu dem erstrebten Ziel an. Liegen dagegen die subjektiven Voraussetzungen des § 138 BGB. nur auf einer Vertragsseite vor, kann eine Nichtigkeit des Vertrags

nicht in Frage kommen. Doch ist dabei folgendes zu beachten bei den Ausführungen über das wirtschaftspolitische Motiv derartiger Abmachungen wurde schon darauf hingewiesen, daß es sich meist um ein dem Kräfteverhältnis der Parteien entsprechendes Diktat handelt. In solchen Fällen ist es nicht ausgeschlossen, daß die diktierende Partei ihre Macht weniger gegen die Außenseiter als gegen die Mitglieder des anderen Verbandes richtet und diese in unbilligster Weise sich ihren Wünschen gefügig machen. Da hier das sittenwidrige Handeln gerade in dem Verhalten der anderen Vertragspartei gegenüber liegt, ist der Vertrag gemäß § 138 BGB. nichtig. Auch die Anwendung des § 826 BGB. wird, wie der obengenannte Fall, im Verhältnis der beiden Verbände zueinander eine nicht häufige sein. Der Exklusivvertrag, der den Zweck verfolgt, die Außenseiter des Abnehmerverbandes — dies mögen freie Händler oder Abnehmergruppen sein — am Geschäftsverkehr nicht teilnehmen zu lassen, trifft weniger die Mitglieder des Abnehmerverbandes als dessen Außenseiter. Da aber auch sie Abnehmer im weiteren Sinne sind, müssen die hier entstehenden Rechtswirkungen in den Kreis der Betrachtung gezogen werden. Naturgemäß kommen für sie vertragliche Beziehungen nicht in Betracht; es kann demnach dieses Verhältnis Rechtsbeziehungen nur deliktischer Natur erzeugen. Wieder ist es der Begriff der guten Sitten, der im Mittelpunkt dieses ganzen Rechtskomplexes steht; § 826 BGB. gewährt diesen ausgeschlossenen Abnehmern unter Umständen einen Schadensersatz bezw. Unterlassungsanspruch. Die Voraussetzungen hierfür entsprechen der Grundsatzrechtsprechung des RG. über die rechtliche Zulässigkeit des Organisationszwangs.

Im engsten Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit der Exklusivverträge steht das in der Literatur heftig umstrittene Problem des Kontrahierungszwangs, und weiter die Frage der Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit. Durch die ganzen bisherigen Ausführungen über das Verhältnis des Produzentenverbandes zu seiner Kundschaft zieht sich der einheitliche Gesichtspunkt, ob und inwieweit der Mißbrauch einer wirtschaftlichen Machtstellung die guten Sitten verletzt. Ergebnis der Untersuchung war, daß allgemein gültige Normen für die Anwendung des Organisationszwangs nicht aufzustellen sind. Die vom RG. auf Grund der §§ 138, 826 BGB. aufgestellten Grundsätze laufen darauf hinaus, daß man dem Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen wirksame Gegenmittel entgegensetzen kann. Die heute mehr denn je im Brennpunkt des Rechtslebens stehenden Kartelle oder sonstigen Wirtschaftsverbände hängen alle mit der Frage einer Monopolstellung zusammen. Eine die guten Sitten verletzende Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung setzt nicht ein tatsächliches Monopol voraus, vielmehr genügt

es, daß die Herrschaft einer Wirtschaftsgruppe den Markt beherrschen oder wenigstens maßgebend beeinflussen kann.[1]) Es fragt sich nun, ob der Inhaber einer Monopolstellung zum Abschluß von Verträgen verpflichtet ist. Eine prinzipielle Stellungnahme zu der Frage, ob die Monopolstellung grundsätzlich zum Vertragsabschluß mit allen die Ware des Monopol Verlangenden verpflichtet, gibt es bis heute in der deutschen Jurisprudenz nicht. Wohl haben sich schon 1920 Nipperdey in seinem Buch „Der Kontrahierungszwang" und nach ihm viele andere[2]) mit der Frage eingehender befaßt. Auch hat das RG. in verschiedensten Entscheidungen zu dieser Frage in gewissem Umfange Stellung genommen. Man könnte geneigt sein zu der Annahme, das RG. bejahe die Frage der Zulässigkeit eines allgemeinen Kontrahierungszwanges. Merkwürdigerweise geht es aber nur indirekt an das Problem heran, indem es darüber befindet, ob die von einem Monopolbetrieb den Abnehmern auferlegten Geschäftsbedingungen sittenwidrig, oder ob die Verweigerung einer Lieferung oder Nichtaufnahme in den Monopolverband zulässig ist oder nicht. Dagegen läßt es die prinzipielle Frage, ob man zu einem Vertragsschluß rechtlich gezwungen werden kann, unbeantwortet. Irgend eine positive Rechtsvorschrift, die einen Zwang zum Vertragsschluß auferlegt, kennt das geltende Recht nicht. Ebensowenig wie es eine derartige Gebotsnorm gibt, besteht m. E. auch eine Verbotsnorm, die ein Nichtkontrahieren verbietet. Nipperdey hält zwar § 826 BGB. für eine allgemeine Verbotsnorm, die eine grundlegende Beschränkung der Vertragsfreiheit mit sich bringt. Unstreitig umfaßt der Begriff „Handeln" in § 826 Tun und Unterlassen. Darin ist Nipperdey[3]) unbedenklich recht zu geben, nicht aber in der Verallgemeinerung, indem er, von Einzelfällen ausgehend, ein allgemeines Prinzip aufstellen will. Bei einer Gruppe von Monopolen beruht der Kontrahierungszwang auf gesetzlichen Sonderbestimmungen, bei der Post und Telegraphie; bei einer anderen Gruppe auf einer staatlichen Konzessionierung, der Eisenbahn und dem Branntweinmonopol. Man könnte auf dem Wege des Analogieschlusses zum allgemeinen Kontrahierungszwang kommen. Zweifellos besteht neben der gesetzten Norm eine Rechtssphäre, die die Wissenschaft Analogie nennt; doch darf die analoge Anwendung von Rechtsnormen auf einen ähnlich gelagerten Tatbestand nicht contra legem gehen. Bezüglich der analogen Anwendung obengenannter Sonderbestimmungen handelt es sich um die Frage, ob aus dem Schweigen des Gesetzes die Möglichkeit der Anerkennung des Kontrahierungszwanges zu schließen ist, mit anderen Worten.

[1]) Haußmann-Hollaender, a. a. O. S. 18.

[2]) Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag 1920. Wimpfheimer in Kartell-Rdsch. 1929 S. 512. Isay in Kartell-Rundschau S. 373.

[3]) a. a. O. S. 54.

ob die Forderung der Anerkennung eines allgemeinen Abschlußzwanges praeter legem aufgestellt werden kann. Wenn der Gesetzgeber bei den auf Gesetz oder staatlicher Konzession beruhenden Monopolen den Kontrahierungszwang als gesetzliches Postulat aufstellt, so geht er dabei von dem Gesichtspunkt aus, daß ein gewisses Gegengewicht für diese von Staats wegen erlaubte alleinige Ausübung eines Gewerbes bestehen muß. Denn schließlich ist jedes Monopol, rechtliches oder faktisches, in gewisser Beziehung nachteilig für die Außenstehenden. Aber der Staat erachtet die rechtlichen Monopole für notwendig, für ebenso notwendig muß er dann aber auch den Kontrahierungszwang bei derartigen Monopolen erklären. Man stelle sich vor, ein solcher Zwang bestünde für Post, Telegraphie und Eisenbahn[1]) nicht. Es entspricht mithin einer selbstverständlichen Ausgleichungspflicht des Staates, in Spezialgesetzen für obengenannte Monopole die Kontrahierungspflicht grundsätzlich anzuerkennen. M. E. berechtigt das nicht zu dem Analogieschluß, daß, wenn der Staat bei den von ihm für notwendig erachteten Monopolen die Kontrahierungspflicht als Korrelat fordert, ein gleiches Korrelat zu fordern sei für das ohne staatliche Ordnung und Kontrolle geschaffene Monopol. Wimpfheimer stellt sich auf diesen hier verworfenen Standpunkt mit folgender Begründung: Das deutsche Recht erkenne das Monopol als Rechtsinstitut in Spezialgesetzen an, ebenso lebe in diesen Gesetzen grundsätzlich der Kontrahierungszwang. Demzufolge könne man nach den Prinzipien der Gesetzesauslegung zur grundsätzlichen Anerkennung des Kontrahierungszwangs für Monopole kommen. „Weil Monopol und daher wo Monopol, da Kontrahierungszwang.“[2]) Er begründet seine Ansicht auch mit der Rechtsprechung des RG., verkennt m. E. aber, daß in den angeführten Entscheidungen[3]) die Frage stets so gestellt war, ob der Monopolinhaber durch sein Verhalten den anderen einen Schaden zugefügt habe, der die guten Sitten verletze, oder einen Vertrag unter sittenwidrigen Bedingungen diktiert habe, mit anderen Worten, ob der Monopolinhaber befugt sei, seine Mitglieder an der Belieferung gewisser Abnehmer zu hindern, nie aber darüber befunden wurde, ob der Monopolinhaber zum Vertragsschluß überhaupt oder zu anderen Bedingungen verpflichtet sei. Gewiß ist die These Wimpfheimers richtig, und in den angeführten Entscheidungen des RG. anerkannt, daß in Einzelfällen die Verweigerung des Vertragsabschlusses ein Mißbrauch ist. Auch Nipperdey[4]) sagt, „die willkürliche Abschneidung

[1]) Die Eisenbahn stellt zwar nur ein faktisches Monopol dar. Da sie aber dem allgemeinen Güterversand dient, besteht hier zur Wahrung der Interessen der Allgemeinheit ein gesetzlicher, der Parteiverfügung entzogener Zwang zum Vertragsschluß. So auch RGE. 99, 109.

[2]) In Kartell-Rdsch. 1929 S. 24.

[3]) RGE. 28 S. 248/49; 60 S. 94; 99 S. 107.

[4]) a. a. O. S. 61.

vom Güterverkehr durch Verweigerung des Vertragsabschlusses kann unsittlich sein"; sie ist unsittlich, wenn ein Verband die Monopolstellung dazu ausnützt, willkürlich, grundlos und aus reiner Gehässigkeit andere vom Geschäftsverkehr auszuschließen oder Bedingungen aufzuerlegen, die für den Betroffenen unerträglich sind. Wenn demnach in diesen Einzelfällen die notwendige Konsequenz aus § 826 BGB. der Kontrahierungszwang ist, so handelt es sich, wie gesagt, nur um Einzelfälle, die dem pflichtgemäßen Ermessen des Richters zur Beurteilung überlassen sind.[1]) Einen allgemeinen Kontrahierungszwang daraus zu folgern, geht m. E. zu weit. Ein solcher würde einmal den Grundsatz der Gewerbe-, vor allem aber Vertragsfreiheit in empfindlichster Weise verletzen. Es ließe sich dem zwar entgegenhalten, daß diese Grundsätze bei der heutigen Weltanschauung, zumal im Wirtschaftsleben, nicht mehr in ihrer ganzen Tragweite zu Recht bestehen. Man denke nur an die Kartell-Vo., die mit ihren Bestimmungen tief in das Leben der modernen Wirtschaft einschneidet und nur auf Grund einer neuen, vom Individualismus abgewandten Weltanschauung entstehen konnte. Die im Artikel 151 ff. der RV. verbrieften Rechte, welche nur Richtlinien enthalten, sind durch den Kontrahierungszwang nicht verletzt. Dennoch lassen sich Gründe anführen, die unbedingt die Anerkennung eines allgemeinen Kontrahierungszwangs verwerfen. Wenn Wimpfheimer auf dem Wege der Analogie zum allgemeinen Kontrahierungszwang kommt, so kann man die Gründe, mit welchen er seine Ansicht verteidigt, auch gegen ihn anführen. Als argumentum e contrario kann man das Schweigen des Gesetzes auslegen. Wenn der Gesetzgeber nur in einigen besonders genannten Fällen den Kontrahierungszwang fordert, im übrigen aber schweigt, so ist m. E. daraus ebenso folgerichtig, wie es Wimpfheimer ablehnt, zu entnehmen, daß er einen allgemeinen Kontrahierungszwang nicht aufgestellt wissen haben wollte. Auch geben die wirtschaftlichen Voraussetzungen und Folgen zu größten Bedenken Anlaß. Ein Abschlußzwang hat nur dann Sinn, wenn auch die Produktion vom Staat überwacht, d. h. wenn der Produzent zum Produzieren gezwungen wird. Ohne einen solchen Produktionszwang hat mithin ein Kontrahierungszwang keinen Wert; denn ein Lieferant kann naturgemäß nur solange zur Lieferung gezwungen werden, als Ware vorhanden ist. Ferner setzt die gerechte Durchführung des Kontrahierungszwangs auch die Gleichheit der Geschäftsbedingungen für alle Kunden voraus, was praktisch bedeuten würde, daß man den Monopolinhaber zwingen würde, einem solventen Kunden die gleichen Geschäftsbedingungen aufzuerlegen wie einem manch-

[1]) Staub, a. a. O. zu § 364 Anm. 35 sagt: Die Zulässigkeit völliger Ausschließung von den Vorteilen, die ein monopolartiges Unternehmen zu bieten vermag, darf nicht ohne triftige Gründe erfolgen.

mal recht unsicheren Gelegenheitskäufer. Würde man also den Kontrahierungszwang bis in seine letzten Konsequenzen durchführen, so würde an die Stelle unseres freien Wirtschaftslebens die staatliche Zwangswirtschaft treten, was gleichbedeutend wäre mit der Sozialisierung und Verstaatlichung des gesamten Kapitals, einer Politik, deren praktische Auswirkungen äußerst gefährlich werden können. Ein Beispiel hierfür bietet die heutige Lage der Sowjet-Russischen Industrie. In einem Staat, der wie Deutschland das Prinzip der kapitalistischen Wirtschaft hat, ist ein Kontrahierungszwang undenkbar. Nur soweit unsere Wirtschaft mit sozialistischen Elementen durchsetzt ist, kann ein Abschlußzwang zur Anwendung kommen. Aehnlich äußert sich zu diesem Problem Isay.[1]) Er lehnt im Gegensatz zu Wimpfheimer einen generellen Kontrahierungszwang ab, weil er „eine Schematisierung der wirtschaftlichen Verhältnisse und staatliche Regelung aller Ein- und Verkaufsbedingungen voraussetzt, wie sie mit dem heutigen Wirtschaftssystem (das zwar nach Wimpfheimer[2]) nicht mehr das der freien, sondern „halbgebundenen" Wirtschaft ist) unvereinbar ist". Die erwähnten Ausführungen Wimpfheimers atmen eine stark sozialistische Tendenz, indem sie von der m. E. dem praktischen Leben nicht gerecht werdenden Voraussetzung ausgehen, daß nur Produzenten Monopole besitzen und damit im starken Maße die Konsumenten bedrücken könnten. Dem ist entgegenzuhalten, daß sehr wohl Monopole auch auf Abnehmerseite sich bilden und damit zur Umkehrung des Kräfteverhältnisses führen können. Es sei erinnert an die gewiß marktbeeinflussenden Einkaufsgenossenschaften Gewerbetreibender.[3]) Auch die Warenhauskonzerne haben es in der Hand, von bestimmten Fabrikanten nicht zu beziehen und damit, wenn diese sich gerade auf dem Geschäftsverkehr mit dem ausschließenden Warenhauskonzern eingestellt haben, deren Ruin herbeizuführen. Damit ist nicht gesagt, daß man andererseits dem Konzern vorschreiben kann, wo und wieviel er bei jedem Fabrikanten kaufen darf. Im wesentlichen ist der Kontrahierungszwang demnach abzulehnen; zuzugeben ist, daß im Einzelfall der Ausschluß vom Vertragsschluß ein Mißbrauch sein kann. Doch genügt die bisherige Rechtsprechung auf diesem Gebiet, mit anderen Worten, auch weiterhin ist von Fall zu Fall dem Gericht die Entscheidung darüber anheim zu stellen. Wimpfheimer will die An-

[1]) In Kartell-Rdsch. 1929 S. 379.
[2]) In Kartell-Rdsch. 1929 S. 512.
[3]) So haben die Einkaufsvereinigungen der Landwirte für Thomasmehl erfolgreich das Kartell der Fabrikanten bekämpft. Das gleiche gilt von der Einkaufsvereinigung Berliner Glaser dem Kartell der Rhein.-Westf. Glashütten gegenüber und der Einkaufsvereinigung der Apotheker dem Kartell der Verbandsstoff-Fabrikanten gegenüber. Liefmann, Unternehmungsformen 1928 S. 226.

erkennung des Kontrahierungszwangs als Grundsatz des Wirtschaftsrechts; ein solcher Grundsatz ist aber nach den obigen Ausführungen mit der herrschenden Wirtschafts- und Rechtsordnung nicht vereinbar.

Im Rahmen der Betrachtung darf die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit im Verbandsleben nicht unbeachtet bleiben. Die meisten Kartellverträge bestimmen, daß Streitigkeiten aus dem Vertrag nicht von ordentlichen Gerichten, sondern Schiedsgerichten zu entscheiden sind. Der Schiedsvertrag ist ein Bestandteil des Kartellvertrags. Mit dem Anwachsen der wirtschaftlichen Vereinigungen ist auch das Schiedsverfahren wieder in den Mittelpunkt wissenschaftlicher Betrachtungen getreten. Wenngleich das Schiedsverfahren eine Unterbrechung des staatlichen Rechtsschutzmonopols darstellt, so wird es dennoch von der ZPO. begünstigt, weil in weiten Kreisen der Glaube herrscht, daß solche Gerichte einfacher, billiger und schneller arbeiten, als die ordentlichen Gerichte. Gerade der letzte Punkt ist es, der das Schiedsverfahren immer weiter in unserem Wirtschaftsleben Eingang finden ließ. Es ist nur zu verständlich, daß gerade der Geschäftsmann das größte Interesse an beschleunigter Erledigung der Prozesse hat. Er wird daher, weil der ordentliche Prozeß ihn vielleicht erst in zwei bis drei Jahren ans Ziel führen wird, sich des staatlichen Rechtsschutzes begeben, um sich dem Urteilsspruch des bedeutend schneller arbeitenden Schiedsgerichts zu unterwerfen. Es handelt sich also nicht nur um einen „Glauben" oder, wie Stein[1]) sagt, um ein „Vorurteil", sondern um das vom wirtschaftlichen Standpunkt aus nur zu verständliche Bestreben, eine Rechtsstreitigkeit in möglichst kurzer Frist zur Entscheidung zu bringen, da gerade in unserer Zeit, wo wirtschaftliche Zusammenbrüche an der Tagesordnung sind, der Kläger nicht voraussehen kann, ob der Beklagte nach drei Jahren noch zahlungskräftig ist; auch liegt es oft sehr im Dunkeln, ob der Kläger den Ausfall wirtschaftlich so lange auszuhalten vermag. Soweit ein Schiedsvertrag die Streitigkeiten von Kartellmitgliedern mit dem Verband oder den Verbandsgenossen berührt, ist er für die Betrachtung von geringerer Bedeutung. Nicht selten ist einem Gegenseitigkeitsvertrag eine Schiedsklausel beigefügt. Wenn ein derartiger Vertrag auf ziemlich ausgeglichenem Kräfteverhältnis der vertragsschließenden Verbände beruht, wird auch die Schiedsklausel dementsprechend sein, mit anderen Worten, es werden die Interessen der Vertragsparteien in gleichem Maße vertreten und dadurch eine relative Unparteilichkeit gewahrt sein. Ist dagegen ein Exklusivvertrag das Produkt eines langjährigen und recht erbitterten Wirtschaftskampfes, in welchem der eine Verband der

[1]) a. a. O. S. 350.

Uebermacht hat weichen müssen, ist es sehr wohl möglich, daß dieses ungleiche Kräfteverhältnis auch in der Schiedsklausel zum Ausdruck kommt. Von einem unparteiischen, streng objektiv urteilenden Gericht kann dann keine Rede mehr sein. Zwei Fragen treten in diesem Zusammenhang in die Erscheinung: einmal, ob eine solche Schiedsklausel nichtig ist, und weiter die Frage, ob die Nichtigkeit der Schiedsklausel den ganzen Kartellvertrag nichtig macht. Die Tatsache allein, daß ein Schiedsgericht unparitätisch besetzt ist, genügt nicht, um darin eine Verletzung der guten Sitten zu erblicken. Es steht dem Gegner ja frei, einen Schiedsrichter wegen Befangenheit abzulehnen (§ 1032 ZPO.). Auch kann man nicht sagen, daß die ungleiche Besetzung notwendigerweise dem Grundsatz widerspreche, daß niemand in eigenen Sachen Richter sein darf. Die Schiedsgerichte dürfen aber nicht zu Werkzeugen machtpolitischer Interessen herabsinken. Das verträgt sich nicht mit der Auffassung, daß es Aufgabe auch des Schiedsrichters ist, Recht zu sprechen, d. h. in objektivster Weise der Gerechtigkeit zu dienen.[1]) Es muß mit allen Mitteln erstrebt werden und gerade in den Fällen, wo ein machtvoller Verband einem schwachen Kontrahenten gegenübersteht, sorgsam darauf Bedacht gelegt werden, daß das Schiedsgericht paritätisch besetzt wird und seiner hohen Aufgabe gerecht wird. Legt ein Verband seinen Mitgliedern oder Abnehmern, d. h. hier den Mitgliedern des anderen Verbandes, solche Klauseln auf, die bei verständiger Würdigung des Falles nicht anders gedeutet werden können, als der Absicht entspringend, den Spruch des Schiedsgerichts im voraus zu beeinflussen, so können solche Verträge nicht mehr als den guten Sitten entsprechend aufgefaßt werden. Es bedarf keiner weiteren Untersuchung, daß derartige Abmachungen nichtig sind (§ 138 BGB.). Noch mehr tragen die Gefahr der Nichtigkeit die Verträge in sich, in denen der Einzelabnehmer direkt oder auf dem Umweg über den Händlerverband sich der Schiedsklausel unterwirft, also völlig den Produzenten in die Hand gegeben ist, weil er nicht den geringsten Einfluß auf die Besetzung des Schiedsgerichts ausüben kann und somit meist einem einseitig die Interessen des Produzentenverbandes vertretenden Gerichtshof gegenübersteht. Doch muß auch in diesen Fällen die Lage so sein, daß von vornherein der Schiedsspruch bestimmt ist und der Betroffene damit wirtschaftlich völlig kaltgestellt werden soll. In gleichem Sinne urteilt der Präsident des Kartellgerichts in seinem Gutachten vom 17. Oktober 1925,[2]) daß es äußerst bedenklich ist,

[1]) Es sei hier auf den unverständlichen Ausspruch eines Richters hingewiesen, der für selbstverständlich und absolut unbedenklich hält, daß ein Schiedsrichter in jeder Beziehung nur die Interessen der Partei vertritt, die ihn ernannt hat. Dr. Lutz in J. W. 1926 S. 15.

[2]) In J. W. 1926 S. 80.

wenn Verbände ihre Mitglieder verpflichten, bei ihren Lieferungsverträgen die Schiedsklausel einzufügen, wodurch der Dritte dem Urteilsspruch von Verbandsgenossen seines Gegners unterworfen wird, die ihm naturgemäß nicht mit der nötigen Unparteilichkeit gegenübertreten. Die weitere Frage ist die, ob, falls in einem Vertrag die Schiedsgerichtsklausel nach § 138 BGB. nichtig ist, dann der ganze Kartell- oder Lieferungsvertrag seine Gültigkeit verliert. Das RG. hat zugunsten der Gültigkeit des Vertrags entschieden, indem es erklärt, daß die Nichtigkeit der Schiedsklausel die Gültigkeit des übrigen Vertrages nicht berührt. Doch ist m. E. eine Entscheidung dieser Frage im Einzelfall nur an Hand der Bestimmung des § 139 BGB. zu finden. Man kann nicht generell den Satz aufstellen, daß die Gültigkeit des Kartellvertrags von der Nichtigkeit der Schiedsklausel unberührt bleibe,[1]) ebensowenig ist schlechthin durch die Nichtigkeit des Kartellvertrags die Schiedsklausel mitbetroffen, wenngleich zuzugeben ist, daß in einem derartigen Fall meist der Schiedsvertrag als solcher keinen Sinn hat, er mithin ohne den Lieferungs- bezw. Kartellvertrag nie abgeschlossen wäre.[2]) Umgekehrt ist aber auch sehr wohl denkbar, daß für den Verband ohne die Schiedsklausel auch der Gesamtvertrag insofern zwecklos ist, als Ziel des Vertrages, in welchem eine Schiedsklausel wegen Verletzung der guten Sitten nichtig ist, der wirtschaftliche Ruin des Vertragsgegners ist. Es ist eben auch hier wieder Aufgabe des Richters, zu prüfen, ob nach den Umständen des Einzelfalls die Nichtigkeit der Schiedsklausel die Nichtigkeit des Gesamtvertrages zur Folge hat.

[1]) RGE. 58 S. 154 und 73 S. 431.
Auch bei gemeinsamem wirtschaftlichen Zweck fehlt das die beiden Abmachungen untereinander verknüpfende rechtliche Band.
[2]) Nußbaum in J. W. 1926 S. 17.

IV. Teil.

Die rechtliche Beurteilung der Beziehungen zwischen Produzentenverband und Abnehmern nach den Bestimmungen der Kartell-Verordnung.

§ 14. Die Bestimmungen der §§ 1, 4 und 9 Kart.-Vo.

Wenn hier die Erörterung der speziellen Vorschriften der Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung, im weiteren Verlauf kurz Kartell-Verordnung genannt, folgt, so muß vorweg die Frage geklärt werden, inwieweit die Kartell-Vo. die obengenannten wirtschaftlichen Vereinigungen rechtlich erfaßt. Es handelt sich um die Auslegung des § 1, der, wie eingangs schon bemerkt, davon Abstand nimmt, eine Definition für die Begriffe Kartell, Syndikate usw. zu geben. Andererseits schließt § 1 alle diejenigen Vereinigungen von den Vorschriften der Kart.-Vo. aus, welche nicht „Verträge und Beschlüsse" im Sinne des § 1 darstellen. Ein näheres Eingehen auf den Kartellbegriff erübrigt sich, es sei auf die Erörterung eingangs dieser Abhandlung hingewiesen. Während bei der bisherigen Untersuchung der betr. Beziehungen zwischen Erzeuger- und Abnehmerverband bezüglich der Kartelle und der übrigen kapitalistischen Wirtschaftszusammenfassungen keinerlei Unterschied zu machen war, ist im Folgenden von dem Gesichtspunkt auszugehen, daß mit Ausnahme des § 10 Kart.-Vo. sämtliche Vorschriften der Verordnung nur auf Kartelle Anwendung finden, daß demnach die Rechtsbeziehungen zwischen Verband und Abnehmer nur insoweit Gegenstand der Betrachtung sein können, als der Verband dem Kartellbegriff des § 1 der Kart.-Vo. entspricht. Es sei noch bemerkt, daß die Kartelle innerhalb der Wirtschaftskonzentrationen einen großen, wenn nicht den größten Raum einnehmen, obgleich sehr mit Recht schon seit langem, auch beim letzten Juristentag in Salzburg, die Forderung laut wurde, die Kartell-Verordnung dahingehend zu ändern, daß auch die anderen wirtschaftlichen Vereinigungen, die neben den Kartellen einen ebenso wichtigen Faktor im Wirtschaftsleben darstellen, einer strafferen Kontrolle durch Gesetz und Rechtsprechung zu unterwerfen sind. Es ist nicht unsere Aufgabe, zu untersuchen,

inwieweit derartige Reformvorschläge durch die veränderte Lage in der deutschen Wirtschaft berechtigt waren und in der Kartell-Notverordnung vom 26. Juli 1930 Verwirklichung gefunden haben.[1]) Die Kartell-Vo., das Produkt erbitterter jahrelanger Kämpfe, hat die Aufgabe, den wirtschaftlich Schwachen gegen die mißbräuchliche Ausnützung einer Machtstellung durch vor allem infolge großer Kapitalzusammenballungen starke Verbände zu schützen. Da sich ein solcher Mißbrauch einmal gegen das Einzelmitglied des Kartells, weiter aber auch gegen den Außenseiter wie den auf den Geschäftsverkehr angewiesenen Abnehmer richtet, ist die Aufgabe der Verordnung eine doppelte, einmal Schutz des Kartellmitglieds (§ 8 Kart.-Vo.), weiter der Schutz des Dritten, d. h. des Außenseiters und des Abnehmers. Die Vorschriften, welche das Innenverhältnis des Kartellmitglieds zum Kartell regeln, stehen außerhalb der Betrachtung. Von den übrigen sind es vornehmlich die §§ 4 und 9, die einer näheren Erläuterung bedürfen. Beiden Vorschriften gemeinsam ist der Begriff „Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls". Es fragt sich, inwiefern eine von den oben als Grundlage der Beziehungen zwischen Verband und Abnehmer bezeichneten Geschäftsbedingungen eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls enthalten kann. Ein Beispiel dafür, wann eine derartige Gefährdung vorliegt, gibt § 4 im letzten Abschnitt selbst. Wie gesagt, handelt es sich hier aber lediglich um die Angabe von Anhaltspunkten, von einer erschöpfenden Aufzählung durch den Gesetzgeber kann daher keine Rede sein. Ueber diese Richtlinien hinaus fehlt eine gesetzliche Definition der Begriffe „Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl". Es sind ähnlich dem Begriff der guten Sitten recht ungenaue und in ihren Grenzen flüssige Erscheinungen, die sehr leicht die Gefahr einer Rechtsunsicherheit mit sich bringen. Die Aehnlichkeit des Begriffs der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls mit dem der guten Sitten liegt auf der Hand, sie geht so weit, daß man versucht ist, beide gleichzustellen. Doch ist die Gefährdung des Gemeinwohls keineswegs dasselbe wie ein Verstoß gegen die guten Sitten, welche dem Kartellvertrag ohne weiteres nach § 138 BGB. nichtig machen würde. Der Begriff Gemeinwohl findet sich auch in anderen Gesetzen, beispielsweise im § 62 G. m. b. H.-Gesetz, § 81 des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, oder auch § 43 BGB. Es handelt sich in genannten Fällen um gesetzwidrige Beschlüsse bezw. Handlungen, auf Grund deren ein Eingriff möglich ist, wenn durch sie das Gemeinwohl gefährdet ist, doch fehlt hier jegliche gesetzliche Begriffsbestimmung. Bei Aus-

[1]) An dieser Stelle sei auf die ausgezeichneten Referate von Isay und Nipperdey hingewiesen, die der Oeffentlichkeit übergeben sind. Isay-Nipperdey, Reform des Kartellrechts, Berlin 1929.

legung derartiger äußerst unbestimmten und dehnbaren Begriffe sind die verschiedensten Gesichtspunkte gegenüberzustellen, so auch hier. Was das Verhältnis der beiden Begriffe „Gesamtwirtschaft" und „Gemeinwohl" zueinander betrifft, so sei bemerkt, daß sie nicht sinngemäß gleichen Inhalt haben, wie Friedlaender[1]) annimmt, wenn auch zuzugeben ist, daß die beiden Begriffe nicht unbedingt in allen Teilen auseinanderfallen. Daß der Gesetzgeber einen Unterschied zwischen ihnen machen wollte, geht klar aus dem Wortlaut des § 4 hervor, der von einer Gefährdung der Gesamtwirtschaft o d e r des Gemeinwohls spricht; doch sagt er nicht, worin der Unterschied liegt. Bei einer genauen Prüfung der beiden Begriffe nebeneinander wird man zu dem Ergebnis kommen, daß der Begriff Gesamtwirtschaft rein wirtschaftlichen Ursprungs ist, während das Gebot, die Gefährdung des Gemeinwohls zu unterlassen, sich sowohl auf wirtschaftliche wie auch auf kulturelle und soziale Interessen erstreckt.[2]) Goldbaum[3]) will unter Gemeinwohl nur wirtschaftliche Interessen verstehen, weil soziale Tendenzen der Kart.-Vo. völlig fernliegen. Aehnlich, zwar in anderem Zusammenhang, erklärt auch Delbanco,[4]) daß die Kart.-Vo. nur wirtschaftliche Interessenkreise berühre; seiner Ansicht nach müsse die Verordnung richtiger heißen „Verordnung gegen den wirtschaftlichen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung". Der Begriff Gesamtwirtschaft ist gegenüber dem des Gemeinwohls der engere. Die Entstehungsgeschichte[5]) der Kart.-Vo. beweist, daß man aus der Befürchtung heraus, es möchte der Begriff Gesamtwirtschaft so ausgelegt werden, daß darunter nicht Maßnahmen fallen, in denen eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft schlechthin nicht zu erblicken ist, die andererseits aber eine Gefährdung des Gemeinwohls bedeuten, den Begriff „Gemeinwohl" in den Text der Verordnung aufgenommen hat. Bei Prüfung der Frage, wann eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls vorliegt, sind alle wirtschaftlichen Gebiete in Betracht zu ziehen; beispielsweise der von den Maßnahmen betroffene Kreis von Personen, ferner die mit den Maßnahmen möglicherweise verknüpften Existenzgefährdungen und dadurch hervorgerufene Beeinflussung des Arbeitsmarktes. Ein weiterer Gesichtspunkt ist der, daß die Art der Wirtschaftszweige, die volkswirtschaftliche Bedeutung der Unternehmungen, welche die Maßnahmen ergreifen bezw. von ihnen ergriffen werden, wie auch die örtliche Ausdehnung die einzelnen Fälle ganz verschiedenartig zu beurteilen zwingt.

[1]) a. a. O. S. 75.
[2]) Lehnich-Fischer a. a. O. S. 131; Hausmann-Hollaender a. a. O. S. 39; Isay-Tschierschky a. a. O. S. 74.
[3]) a. a. O. S. 71.
[4]) a. a. O. S. 26.
[5]) Lehnich-Fischer, a. a. O. S. 131.

Man denke nur an die lebenswichtige Eisen- und Kohlenindustrie, im Gegensatz zur Luxusartikelindustrie. Zusammenfassend kann man sagen, daß eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft nur anzunehmen ist, wenn die Organisationsmaßnahmen einen wesentlichen Teil der Wirtschaft unmittelbar nachteilig beeinflussen und dadurch unter Berücksichtigung der Stellung des einzelnen Gewerbes in der Volkswirtschaft mittelbar andere Kreise berührt werden. Es ist unter dem Begriff der Gesamtwirtschaft nicht die Summe aller Einzelwirtschaften, sondern der Wirtschaftsorganismus eines Volkes in seiner Einheit zu verstehen. Es genügt also, unter Umständen die Gefährdung nur eines Wirtschaftszweiges, wenn mittelbar die Gefahr der Rückwirkung auf die übrige Wirtschaft oder wichtige Teile derselben zu erwarten ist. Auch ist es nicht nötig, daß alle deutschen Bürger in ihrer Gesamtheit gefährdet werden; es braucht sich nur um einen kleineren Kreis zu handeln, wobei allerdings leitender Gedanke der mögliche Rückschlag auf das Volksganze oder lebenswichtige Teile desselben ist. Es sei hiernach Tschierschkys Definition des Begriffs des Gemeinwohls angeführt: „Eine Gefährdung des Gemeinwohls durch einen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung wird dann anzunehmen sein, wenn erkennbar wird, daß ihre Träger das Ziel einer Sicherung ihrer eigenen wirtschaftlichen Interessen mit Mitteln durchzusetzen bestrebt sind, die sozialem Rechtsempfinden durch den Umfang und die Art des ausgeübten Zwangs und den Forderungen einer sozialen Wirtschaftsregelung durch rücksichtslose Außerachtlassung gegenüberstehender Interessen widerstreiten.“[1])

Die Vorschrift des § 4 verlangt eine Gefährdung, nicht mehr; ein wirklicher Schaden braucht nicht eingetreten zu sein, andererseits muß der Eintritt des Schadens wahrscheinlich sein. Eine Gefährdung liegt vor, wenn eine ernst zu nehmende Gefahr besteht, nicht jede entfernte Möglichkeit; diese Besorgnis muß eine gegenwärtige sein, eine Besorgnis künftiger Gefahr genügt nicht. Vor allem aber muß eine Verpflichtung im Sinne des § 1 Kart.-Vo. vorliegen. Daß Abs. 2 des § 4 nur Beispiele aufzählt, wurde schon gesagt. Allen dort genannten fünf Beispielen ist gemeinsam das Vorgehen in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise. Im übrigen interessiert hier nur die Frage, ob nach den oben ausgeführten allgemeinen Voraussetzungen des § 4 die Geschäftsbedingungen zwischen Produzentenverband und Abnehmern dem Reichswirtschaftsminister Anlaß zum Einschreiten geben können. Einem der im Abs. 2 genannten Beispiele werden die Geschäftsbedingungen nur selten entsprechen; möglich wäre es unter Umständen, daß eine Steigerung und Hochhaltung der Preise im Sinne des Abs. 2

[1]) a. a. O. S. 79.

dadurch ein Eingreifen rechtfertigt, daß die Kartelle durch Exklusivverträge ihre Abnehmer, soweit diese Weiterverarbeiter oder Händler sind, zwingen, wesentlich teurer zu kaufen und dadurch, zumal in schwierigen Zeiten, die Gemeinwirtschaft stark gefährden. Doch werden diese Fälle selten sein. Eine andere Frage ist die, ob die Geschäftsbedingungen eine „Sperre im Einkauf oder Verkauf und Festsetzung unterschiedlicher Preise oder Bedingungen" darstellen können. Der Begriff der Sperre wird in einem späteren Abschnitt noch eingehend Berücksichtigung finden; hier sei nur nochmals kurz wiederholt, daß das RG. bei Prüfung der Frage, ob eine Sperre als Mittel des Organisationszwangs eine Verletzung der guten Sitten darstellt, von folgenden drei Gesichtspunkten ausgeht:

1. ob das Mittel zulässig ist,
2. ob das Ziel nicht unsittlich ist,
3. ob das angewandte Mittel zu dem erstrebten Ziel in einem angemessenen Verhältnis steht.

Diese Gesichtspunkte des RG., die für den Zivilrichter maßgebend sind, haben auch für den Reichswirtschaftsminister Bedeutung. Es sei aber nicht vergessen, daß der Reichswirtschaftsminister, selbst wenn eine Schädigung einzelner vorliegt, nur dann eingreifen darf, wenn dadurch auch das Gemeinwohl gefährdet ist. Während demnach die Geschäftsbedingungen, welche der Verband dem Einzelabnehmer auferlegt, selten eine Gefährdung des Gemeinwohls im Gefolge haben, kommen Exklusivverträge für die Anwendung des § 4 Kart.-Vo. eher in Betracht. Wenn beispielsweise die beiden Verbände, welche den Exklusivvertrag abgeschlossen haben, ein Fabrikanten- und ein Grossistenverband sind und eine gewisse Monopolstellung einnehmen, den Konsumvereinen durch die Bestimmungen des ausschließlichen Verbandsverkehrs die Möglichkeit nehmen, direkt vom Fabrikanten zu beziehen und sie auf den Bezug von Großhändlern verweisen, so können damit im Hinblick auf die großen sozialen und auch wirtschaftlichen Aufgaben, welche die Konsumvereine als einzig möglicher Zusammenschluß der letzten Konsumenten zu erfüllen haben, so wesentliche Interessen der Gesamtheit geschädigt werden, daß ein Eingreifen des Reichswirtschaftsministers auf Grund des § 4 Kart.-Vo. in Betracht kommt. Durch die Einschaltung des Großhandels, dessen große wirtschaftliche Aufgabe als Regulator des gesamten Güteraustauschs nicht verkannt werden darf und die von den Konsumvereinen nicht übernommen werden kann, besteht unter Umständen die Gefahr einer so starken Verteuerung wichtiger Bedarfsartikel, daß eine Ausschaltung dieses Zwischenglieds als dringend nötig erscheint; zumal wenn eine Genossenschaft sich sämtlichen Bedingungen unterwirft, das Kartell aber eine Belieferung dennoch nicht erfolgen läßt, sind Gründe für ein Vorgehen gemäß § 4 Kart.-Vo. gegeben. Abs. 2 spricht von „wirt-

schaftlicher Freiheit", damit kann unter Berücksichtigung des § 8 lediglich die wirtschaftliche Freiheit außerhalb des Kartells gemeint sein, mit anderen Worten kann die übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Abnehmer ein Grund zum Einschreiten gemäß § 4 sein. So ist es z. B. unzulässig, einen Treurabatt nur denjenigen Abnehmern einer Ware zu gewähren, die neben der Vertragsware auch andere Kartellwaren beziehen. Ein solches Vorgehen mangelt der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung. Doch muß auch in diesen Fällen eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls mit der Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen verknüpft sein; das ist beispielsweise anzunehmen, wenn dadurch die Errichtung neuer Unternehmungen verhindert und das natürliche Streben nach Verbilligung von Erzeugnissen beeinträchtigt wird. Die Feststellung, wann eine Geschäftsbedingung nach Art des Treurabatts oder Exklusivvertrags eine Gefährdung im Sinne des § 4 Kart.-Vo. darstellt und damit ein Eingreifen des Reichswirtschaftsministers möglich macht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Bemerkt sei noch, daß es für den Reichswirtschaftsminister keine Pflicht ist, Maßnahmen gemäß § 4 zu treffen; geht er auf Anregungen nicht ein, so bleibt den Betroffenen nur noch ein Petitionsrecht gemäß Art. 126 RV.

Der Wortlaut des § 4 weist in einzelnen Punkten eine gewisse Annäherung an § 9 auf; doch besteht ein innerer Zusammenhang zwischen den beiden Vorschriften nicht. § 4 hat Repressiv-, § 9 Präventivwirkung. Wenn auch beide Paragraphen von unbilliger Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit sprechen, so macht § 4 ein Einschreiten des Wirtschaftsministers von einer Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls abhängig, während § 9 unter wirtschaftlicher Freiheit die Gefährdung von Einzelinteressen versteht. In diesem Zusammenhang ist der in der Wissenschaft bestehende Streit über die Anwendbarkeit des § 9 auf Sperren gegen Außenseiter und Abnehmer zu erörtern. Die Stellung des § 9 im System wie auch der Wortlaut „Sicherheiten nicht verwertet und Sperren nicht verhängt" lassen auf den ersten Blick die Ansicht Giehlers[1]) für die richtige erscheinen. Nach ihr stellt § 9 den Abschluß der §§ 1 bis 8 dar, welche Vorschriften Maßnahmen der Kartelle gegen Dritte unmittelbar nicht berühren, sondern lediglich interne; es könne sich daher § 9 nicht auf Maßnahmen gegen Dritte beziehen. Dem ist entgegenzuhalten, daß § 4 wenigstens indirekt auch Maßnahmen gegen Dritte betrifft, daß ferner § 9 nicht einen Abschluß der §§ 1 bis 8, sondern eine Vermittlung zwischen den §§ 1 bis 8 und § 10 darstellt. Die weiteren Argumente Giehlers, daß die Ab-

[1]) In Kart.-Rdsch. 1924 S. 9.

nehmer genügend durch die Bestimmungen der §§ 4 und 10 geschützt seien, überzeugen indessen nicht. § 4 bietet nur geringen Schutz, da er nur in außergewöhnlichen Fällen von allgemeiner Bedeutung zur Anwendung kommen kann: nicht immer bedeutet eine Sperre im Einzelfalle auch eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft. § 10 kann auch nicht Ersatz für § 9 sein. Denn während § 9 eine Präventivvorschrift ist, welche verhindern will, daß durch Sperren oder Auferlegung unterschiedlicher Bedingungen beim Abschluß von Verträgen der einzelne geschädigt wird, setzt § 10 bereits abgeschlossene Verträge voraus, von denen er unter Umständen dem Betroffenen ein Rücktrittsrecht gewährt. Würde man den Begriff Sperre gemäß § 9 auf den inneren Organisationszwang beschränken, wie dies Giehler[1]) und grundsätzlich auch Goldbaum[2]) wollen, so läge m. E. eine Lücke im Gesetz vor, die auch nicht durch die allgemeine Vorschrift des § 826 BGB. auszufüllen ist.[3]) Die herrschende Ansicht ist die,[4]) daß § 9 sowohl auf den inneren wie den äußeren Organisationszwang Anwendung findet. Voraussetzung ist aber auch hier, daß die Maßnahmen auf einem unter § 1 fallenden Vertrag oder Beschluß beruhen. Maßnahmen, die von einem Konzern oder monopolistischen Einzelunternehmen verhängt werden, bedürfen ebensowenig der Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts, wie bloße Empfehlungen eines Kartells. Es ist vielmehr Voraussetzung, daß die Ausführer der Sperre — das können Mitglieder und Abnehmer sein — zur Vornahme der die Sperre darstellenden Handlungen durch Verträge oder Beschlüsse verpflichtet sind.[5])

Die Begriffe „Sperre" und „Nachteile ähnlicher Bedeutung" bedurften der Auslegung; der Gesetzgeber sagt nicht, wann eine Sperre vorliegt, noch viel weniger, wann sie als „verhängt" anzusehen ist, er überläßt der Literatur und Rechtsprechung, diese schwierigen und umstrittenen Begriffe festzustellen. Ob eine Sperre vorliegt, entscheidet sich nicht allein nach der für das Organisationsmittel gewählten Bezeichnung; es kommt im wesentlichen nur auf den Inhalt der Maßnahmen und ihre wirtschaftliche Bedeutung an. Zwei Fragen sind es, die hier interessieren und die in der Literatur weitgehende Behandlung mit ganz verschiedener Beantwortung gefunden haben: Sind Exklusivverträge Sperren im Sinne des § 9? Fallen Treurabatt und Exklusivklausel unter dem Begriff der Sperre oder des sperrähnlichen Nachteils? Bei dem Begriff der Sperre handelt es sich um einen in der Kartell-Literatur land-

[1]) In Kart.-Rdsch. 1924 S. 9.
[2]) a. a. O. S. 133 132.
[3]) a. a. O. S. 135.
[4]) Lehmann-Fischer a. a. O. S. 231; Hempfing a. a. O. S. 105; Hausmann-Hollaender a. a. O. S. 88; Tschierschky in Kart.-Rdsch. 1924 S. 73 ff.
[5]) Haußmann-Hollaender, a. a. O. S. 85.

läufigen und altbekannten Begriff. Die ihm vom Kartellgericht in Uebereinstimmung mit der Kartell-Literatur beigelegte Bedeutung hat keine Kritik gefunden. Die Definition findet sich in dem Gutachten des Kartellgerichts vom 27. April 1928[1]): „Eine Sperre liegt vor, wenn die Maßnahme die betroffene Firma von dem üblichen, d. h. von einem solchen Geschäftsverkehr ausschließt, der anderen nach Art und Umfang ihres Betriebes und ihrer wirtschaftlichen Funktion gleichartigen Firmen üblicherweise zugänglich ist." Inhaltlich gleiche Definitionen stellt die Kartell-Literatur auf.[2]) Erheblich schwieriger gestaltet sich die Bestimmung des Begriffs des sperrähnlichen Nachteils. Aus der Entstehungsgeschichte der Kart.-VO. kann, weil die Motive fehlen, nicht erkannt werden, was der Gesetzgeber damit eigentlich gewollt hat. In der Literatur findet der Begriff keine einheitliche Auslegung. Der Kommentar von Lehnich-Fischer[3]) bezeichnet Nachteile von ähnlicher Bedeutung „solche Maßnahmen, die zwar nicht nach außen die Merkmale **einer Sperre haben**, tatsächlich aber auf eine solche hinauslaufen". In dem nun folgenden Abschnitt heißt es weiter, „zu diesen Nachteilen sind vor allem Preisdifferenzierungen und die Einführung von Exklusivklauseln zu rechnen, wenn der Verband beispielsweise beschließt, den zu treffenden Abnehmer lediglich mit einem Aufschlag zu beliefern. Eine solche Differenzierung unterscheidet sich von der Verhängung einer Sperre nur **dem Grade** nach". Diese Ausführungen enthalten einen Widerspruch insofern, als es etwas ganz anderes ist, ob eine Maßnahme auf eine Sperre hinausläuft oder ob sie sich nur dem Grade nach von ihr unterscheidet. Im ersten Fall ist die Wirkung der Sperre gleich, im zweiten Fall von ihr verschieden. Isay-Tschierschky[4]) hat folgende Definition: der Sperre stehen Nachteile von ähnlicher Bedeutung gleich; das sind solche, die statt auf völlige Abdrängung auf eine wesentliche Erschwerung des Geschäftsverkehrs hinauslaufen. Gedacht ist offensichtlich an Differenzierungen und Bedingungen, die dann auch im § 4 Abs. 2 der Sperre ausdrücklich gleichgesetzt sind. Es ist für den wirtschaftlichen Erfolg unerheblich, ob beispielsweise über einen Händler die völlige Lieferungssperre verhängt wird oder ob er die Ware nur mit einem solchen Aufschlag oder zu so ungünstigen Bedingungen erhält, daß er nicht konkurrenzfähig ist". Zu dieser Begriffsbestimmung, die das RG.[5]) über-

[1]) Nr. 114 der Sammlung der Entscheidungen des Kartellgerichts, herausgeg. v. Reichsverband der deutschen Industrie.

[2]) Es sei hier auf die Ausführungen bei [illegible] a. a. O. S. [illegible] ff., Lehnich-Fischer a. a. O. S. 109, 115 ff., ferner [illegible] a. a. O. S. [illegible], [illegible] a. a. O. S. [illegible] und [illegible] a. a. O. S. [illegible] verwiesen.

[3]) a. a. O. S. [illegible]

[4]) a. a. O. S. [illegible]

[5]) RGZ. 119 S. [illegible]

nommen hat, ist zu sagen, daß die Verfasser bezüglich der Gleichstellung von Differenzierungen und Bedingungen mit der Sperre im Irrtum sind. § 4, II lautet: „Die Gesamtwirtschaft . . . ist insbesondere als gefährdet anzusehen, wenn . . . die wirtschaftliche Freiheit durch Sperren im Einkauf oder Verkauf oder Festsetzung unterschiedlicher Preise und Bedingungen unbillig beeinträchtigt wird." Man kann aus diesem Wortlaut nicht, wie Isay-Tschierschky und ihnen folgend das RG. schließen, daß die Festsetzung der Preise und Bedingungen unter dem Begriff der Sperre fällt.[4]) Vielmehr sagt der Wortlaut m. E., daß der Gesetzgeber die Begriffe Sperre und Preisdifferenzierungen getrennt verwenden will; ebensowenig besteht Anlaß, die Begriffe Differenzierung und sperrähnlicher Nachteil zu identifizieren; denn auch diese sind vom Gesetzgeber getrennt gebraucht worden. Der Kommentar von Haußmann-Hollaender[5]) nimmt zu der Frage wie folgt Stellung: „Die Preisdifferenzierung wird indessen nur in besonderen Fällen als Nachteil von ähnlicher Bedeutung im Sinne des § 9 angesehen werden können, nämlich dann, wenn die Differenzierung derart hoch ist, daß sie praktisch Konkurrenzunfähigkeit des Betroffenen gegenüber den anderen Beziehern herbeiführt." Dieser in der Form zwar nicht ganz einheitlichen, in Wirklichkeit aber auf dasselbe Ergebnis hinauslaufenden Auffassung der Literatur mag die Ansicht des Kartellgerichts gegenübergestellt werden. In dem oben erwähnten Gutachten,[6]) dem wir auch den Begriff der Sperre entnahmen, vertritt das Kartellgericht den Standpunkt, daß ein Nachteil von sperrähnlicher Bedeutung dann vorliegt, wenn dem Betroffenen der übliche, d. h. der anderen nach Art und Umfang seines Betriebs und nach seiner wirtschaftlichen Funktion gleichartigen Firmen üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr durch wirtschaftserheblich unterschiedliche Bedingungen erschwert wird. Nach dieser Auffassung ist jede wirtschaftserhebliche Differenzierung ein sperrähnlicher Nachteil. Es ist erklärlich, daß in Literatur und Presse diese Auffassung heftig angegriffen wurde, handelt es sich doch um eine Ausdehnung der Präventivzensur des § 9 auf alle Fälle, in denen Abnehmer, Wiederverkäufer usw. sich durch eine unterschiedliche Festsetzung der Preise, Rabatte oder sonstige Geschäftsbedingungen ihren Konkurrenten gegenüber für beeinträchtigt halten. Dieser Erkenntnis konnte sich auch das Kartellgericht nicht ver-

[4]) Tschierschky in Kart. RDsch 1925 S. 198 ff. hält eine eindeutige Begriffsbestimmung für unmöglich und kasuistische Behandlung jeden Einzelfalls für erforderlich; Preisdifferenzierungen können praktisch einer Sperre gleichwertig, aber auch lediglich eine produktionstechnische Maßnahme ohne Kampfcharakter sein.

[5]) a. a. O. S. 88.

[6]) Nr 118 der Sammlung Kartell-Gerichts-Entscheidungen.

schließen und kam auf Grund einer Nachprüfung[1]) zu dem Ergebnis, daß eine Differenzierung, falls sie nicht praktisch auf eine Abschließung des Betroffenen von dem üblichen Geschäftsverkehr hinauslaufe, weder als Sperre noch als ein Nachteil von sperrähnlicher Bedeutung im Sinne des § 9 angesehen werden könne und daher der Präventivzensur des § 9 nicht unterliege. Das Kartellgericht hat sich hierbei von dem Gedanken leiten lassen, daß die Gleichstellung von Sperre und Differenzierung zu einer Reglementierung des gesamten Geschäftsverkehrs und -gebarens der Kartelle führen müßte, was aber nicht der Tendenz der Kartell-Vo. entspricht, welche die in der RV. verbriefte Wirtschafts- und Organisationsfreiheit grundsätzlich unberührt läßt und sich nur gegen Mißbräuche wendet. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen Sperre und sperrähnlichem Nachteil liegt also nicht in der Wirkung, wie nach der alten Auffassung des Kartellgerichts und der von Lehnich-Fischer im zweiten Abschnitt, sondern in der Art der Verhängung. Demnach liegt ein Nachteil sperrähnlicher Bedeutung dann vor, wenn, wie Lehnich-Fischer Abs. 1 sagen, die Maßnahme zwar nicht nach außen die Merkmale einer Sperre trägt, praktisch aber auf eine solche hinausläuft. Das RG. hat zwar seinen obenerwähnten,[2]) dem früheren des Kartellgerichts gleichkommenden Standpunkt noch nicht aufgegeben; es äußert sich im 122. Band[3]) noch einmal zu der Frage: „Unter Nachteilen von sperrähnlicher Bedeutung sind Maßnahmen zu verstehen, die, wenn auch nicht wie eine Sperre auf völlige Ablehnung oder Verschließung, so doch auf eine wesentliche Erschwerung des sonst üblicherweise allgemein zugänglichen Geschäftsverkehrs hinauslaufen (z. B. Preisdifferenzierungen)." Inwieweit hierin eine Aenderung der Rechtsauffassung des RG. gegenüber dem Urteil in Band 119 zu erblicken ist, mag dahingestellt sein.

Nachdem die Begriffe Sperre und sperrähnlicher Nachteil eingehende Erörterung gefunden haben, gestaltet sich die Beantwortung der beiden Fragen, ob Exklusivverträge Sperren und ob der Treurabatt und die Exklusivklausel unter dem Begriff der Sperre oder des sperrähnlichen Nachteils fallen, nicht mehr schwierig. Bezüglich der ersten Frage kommt es weiter noch auf den Zeitpunkt an, mit anderen Worten auf die Auslegung des Begriffs Verhängung; denn nicht die Androhung, nicht der Beschluß, sondern die tatsächliche Ausführung der die Sperre darstellenden Handlung unterliegt der Präventivzensur des § 9. Wann eine Sperre als verhängt anzusehen ist, kann im Einzelfall, zumal wenn die Sperre durch Exklusivverträge verhängt wird, zweifelhaft sein. In der Literatur

[1]) Nr. 126 der Entscheidungen.
[2]) RGE. 119, 369.
[3]) RGE. 122, 264.

stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Isay-Tschierschky[1]) halten den Abschluß eines Exklusivvertrags schon für eine Sperre; nach ihrer Ansicht können die Gesperrten auch gattungsmäßig bestimmt sein. Demgegenüber vertreten die meisten Kartellschriftsteller den Standpunkt, daß nur individuelle Sperren mit genauer Bezeichnung der zu sperrenden Unternehmungen der Einwilligung des § 9 unterliegen, nicht dagegen der Abschluß von Exklusivverträgen. Die recht mannigfaltigen, sehr zutreffenden Begründungen können im einzelnen nicht Berücksichtigung finden. Jedenfalls kann man unbedenklich die Ansicht, der Abschluß von Exklusivverträgen sei schon eine Sperre, darum ablehnen, weil durch die Vereinbarung des ausschließlichen Verbandsverkehrs eine Sperre noch nicht verhängt ist, es fehlt dann an dem erforderlichen Individualismus. § 9 bezweckt nicht den Schutz der Allgemeinheit, sondern den des einzelnen gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung, im Gegensatz zu § 4.[2]) So sagt auch das Kartellgericht,[3]) daß nicht der Gegenseitigkeitsvertrag als solcher, sondern erst seine Durchführung gegenüber bestimmten Personen die rechtliche Wirkung einer Sperre hat, weil es bis dahin von dem Willen der Kontrahenten abhängig, ob überhaupt und gegen wen der Exklusivvertrag durchgeführt werden soll. Das Ergebnis der Untersuchungen ist demnach folgendes: der Abschluß eines Exklusivvertrags unterliegt grundsätzlich nicht der Präventivzensur des § 9. In dem Augenblick jedoch, wo der ausschließliche Verbandsverkehr die Richtung gegen einen bestimmten Nichtkartellierten (es mag dies ein Abnehmer oder Produzent sein) nimmt, ist die Grenze überschritten, und es kommt dann die Präventivvorschrift des § 9 zur Anwendung. Ähnlich ist die Sachlage beim Treurabatt und bei der Exklusivklausel. Daß der einfache Treurabatt keine Maßnahme des § 9 darstellt, ist anerkannten Rechts[4]) und bedarf hier keiner weiteren Prüfung. Dagegen neigt man zu der Ansicht, daß der Treurabatt, verbunden mit Exklusivklausel, dann eine Sperre im Sinne des § 9 darstellt, wenn die Ausführung eine Maßnahme ist, durch welche der Abnehmer vom Geschäftsverkehr mit der Ware des Kartells abgeschlossen wird, welches die Maßnahme verhängt. M. E. ist auch in diesen Fällen nicht von einer Sperre zu sprechen, vielmehr wird man besser daran tun, von dem Begriff sperrähnlicher Bedeutung auszugehen. Exklusiv- und Treurabattklauseln mit der Kundschaft können praktisch auf eine Sperre hinauslaufen, es ist in diesen Fällen strittig, wann ein solcher sperrähnlicher Nachteil als „verhängt" anzusehen ist.

[1]) a.a. O. S. 302.
[2]) Entscheidung des Kammergerichts in Kart. Rdsch. 1925 S. 356.
[3]) Kart.-Rdsch. 1929 S. 220.
[4]) RGE. 119, S. 366; J. W. 1928 S. 1209.

Im Gegensatz zu Wiedersum,[1]) der in dem Abschluß eines einzigen Treurabattsvertrags eine einwilligungsbedürftige Sperrmaßnahme sehen will, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder Abnehmer vom regelmäßigen Geschäftsverkehr ausgeschlossen werden, behaupten m. E. mit Recht die meisten Kartellschriftsteller,[2]) daß, wenn überhaupt, nicht die Vereinbarung des Treurabatts, sondern erst die Verweigerung, ihn zu gewähren, oder die Forderung, den Treurabatt zurückzuzahlen, der Einwilligung bedarf. M. E. kann man die Treurabattklausel auch dann nicht als sperrähnlichen Nachteil ansehen. Nur wenn der Treurabatt derartig mit einer Exklusivklausel verknüpft ist, daß er praktisch den Abnehmer vom Geschäftsverkehr ausschließt, d. h. ihn konkurrenzunfähig macht, unterliegt eine derartige Maßnahme der Präventivzensur des § 9. Zusammenfassend sei gesagt, daß der Abschluß von Exklusivverträgen wie von Einzelabmachungen (Treurabatt und Exklusivklausel) nicht der Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts bedarf, daß aber die in Ausführung solcher Verträge getroffenen Maßnahmen gegen den Abnehmer dann dem § 9 unterliegen, wenn durch sie der Abnehmer vom üblichen, d. h. nach Art und Umfang seiner Konkurrenz offenstehenden Geschäftsverkehr mit dem Verbande bezw. den Verbänden ausgeschlossen wird. Bei der Prüfung, ob eine einwilligungsbedürftige Maßnahme gegen einen Abnehmer vorliegt, kommt es nicht darauf an, ob der Kunde anderweit, also außerhalb des Kartells, Ware bekommen kann; dieser Gesichtspunkt ist erst zu berücksichtigen bei der Frage, ob die Sperre unbillig im Sinne des Abs. 2 § 9 ist. Ein solcher Fall liegt etwa dann vor, wenn ein Abnehmer, der, obwohl er sich den Kartellbedingungen unterwerfen will, vom Bezuge ausgeschlossen wird, dadurch zum wirtschaftlichen Ruin geführt wird, daß es sich etwa um eine Monopolware handelt, die ausschließlich vom Kartell oder sonst etwa nur im Ausland hergestellt wird. Eine derartige Maßnahme darf vom Vorsitzenden des Kartellgerichts nicht genehmigt werden: „ist zu versagen" (Abs. 2 des § 9). Aus diesem Wortlaut wollen einige Schriftsteller[3]) schließen, daß in allen anderen Fällen der Antragsteller ein Recht auf Erteilung der Einwilligung hat. Man weist auf die Aehnlichkeit mit der gewerblichen Konzession hin; der Unterschied von dieser liegt darin, daß die gewerbliche Konzession lediglich im öffentlichen Interesse erteilt bezw. versagt wird, wogegen § 9 sowohl öffentliche wie private Interessen wahren will. Trotz dieser Verschiedenheit läßt sich nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 die von Blum[4]) vertretene Ansicht nicht halten, daß der Vorsitzende,

[1]) Zentralblatt für Handelsrecht 1926, 107.

[2]) Lehnich-Fischer, a. a. O. 141; Haußmann-Hollaender, a. a. O. S. 89.

[3]) Goldbaum, a. a. O. S. 156; Haußmann-Hollaender a. a. O. S. 85.

[4]) a. a. O. S. 134.

selbst wenn die Versagungsgründe des Abs. 2 zweifellos nicht vorliegen, die Einwilligung nicht zu erteilen brauche. § 33 GO. gibt dem Antragsteller einen Anspruch auf die Erteilung der Konzession, mit anderen Worten, die Konzession darf nicht versagt werden, wenn Versagungsgründe nicht vorligen. Zwar heißt es im Gegensatz zu dieser Bestimmung der GO. im § 9, II Kart.-Vo., nicht „ist nur zu versagen". Daraus kann man aber nicht den Schluß ziehen, daß es auch bei jeglichem Fehlen von Versagungsgründen in das freie Ermessen des Vorsitzenden gestellt ist, die Einwilligung zu erteilen oder zu versagen; es wäre mit der gesetzmäßigen Verwaltung nicht zu vereinbaren, wenn den Kartellen willkürlich die Anwendung von Organisationszwangsmitteln versagt würde. Andererseits gibt es keine Genehmigungspflicht schlechthin; das würde, wie Hempfing[1]) mit Recht ausführt, zu unleidigen Konsequenzen führen, indem es jedes auch gesetzlich zulässige Organisationsmittel der Kartellkontrolle unterwerfen würde.

Kurz zu erwähnen sind noch die Folgen einer Sperrverhängung ohne die erforderliche Einwilligung. Die Kart.-Vo. hat für diese Fälle die Ordnungsstrafe des § 17 vorgesehen. Die Anwendung des § 17 setzt voraus, daß das Kartell oder das sperrende Mitglied sich bewußt über die Vorschriften des Abs. 1 und 6 des § 9 hinwegsetzt, wobei das bewußte Hinwegsetzen ein vorsätzliches Handeln vorausseßt. Nach Goldbaum[2]) bedeutet das Hinwegsetzen in gewissem Maße eine prinzipielle Nichtachtung des Gesetzes. Entschuldbarer Irrtum schließt demnach das Bewußtsein der Ordnungswidrigkeit aus. Die Vorschrift des § 9 dient dem Schutz der Allgemeinheit, wie auch vornehmlich dem des einzelnen. Zweifellos ist demnach die Vorschrift des § 9 der Kart.-Vo. ein Schutzgesetz im Sinne des § 823, II BGB. Dennoch ist es unrichtig, zu folgern, wie dies einige Schriftsteller[3]) tun, daß jede Sperre oder sperrähnlicher Nachteil vor Erteilung der Einwilligung eine unerlaubte Handlung, nach der Genehmigung dagegen in keinem Fall eine unerlaubte Handlung ist.[4]) Die Anwendung des § 823 Abs. 2 verlangt das Bewußtsein, ein Schutzgesetz verletzt zu haben, es gnügt nicht die Tatsache der Zuwiderhandlung allein. Dieses subjektive

[1]) a. a. O. S. 112.
[2]) a. a. O. S. 191.
[3]) Isay Tschierschky, § 9 Anm. 18; Kestner-Lehnich § 9 Anm. 5.
[4]) Es ist darauf hinzuweisen, daß bei Kestner-Lehnich § 12 Anm. 4b in dem Satz: „nach der Genehmigung sind sie in keinem Fall eine erlaubte Handlung" die Worte „erlaubte Handlung" ein Druckfehler sind; dem Sinn der Ausführungen entsprechend muß es „unerlaubte Handlung" heißen. Goldbaum S. 160 hält eine ohne Einwilligung verhängte Sperre schlechthin für schadenersatzpflichtig, kommt aber nicht zu dem Umkehrschluß, daß eine genehmigte Sperre nie eine unerlaubte Handlung sein kann.

Moment wird von den obengenannten Schriftstellern als selbstverständlich vorausgesetzt; dennoch führt die Konsequenz dieser theoretisch zweifellos richtigen Ansicht zu unhaltbaren Ergebnissen: hat der Kartellgerichtsvorsitzende oder das gegen seine Entscheidung angerufene Kartellgericht die Einwilligung zur Verhängung einer Sperre versagt, so würde feststehen, daß die trotzdem erfolgte Maßnahme gegen ein Schutzgesetz verstößt. An diese Entscheidung des Kartellgerichts wäre das ordentliche Gericht, was über die Schadenersatzklage zu befinden hat, gebunden gemäß § 12 Kart.-Vo. Es müßte demnach, obgleich es bei der Feststellung der Höhe des Schadens zu der Ueberzeugung gekommen ist, daß eine unerlaubte Sperre gar nicht vorliegt, zum Schadenersatz verurteilen. Das Kartellgericht sagt ja gar nicht, warum es die Genehmigung versagt, was aus sachlichen oder formellen Gründen oder aus allgemein volkswirtschaftlichen geschehen kann. Daher muß das Zivilgericht selbständig feststellen, ob eine Sperre vorliegt, die als unerlaubt anzusehen ist und zum Schadenersatz verpflichtet; es ist also nicht schlechthin bei Verhängung einer Sperre trotz Versagung der Einwilligung ein Schadenersatzanspruch aus § 823, II zu gewähren; mit ähnlicher Begründung hierzu Goldbaum S. 161 in Widerspruch zu seinen Ausführungen auf S. 160. Im Anschluß hieran dürfen zwei weitere Fragen nicht unbeachtet bleiben: einmal, ob durch die Einwilligung jede Schadenersatzpflicht aufgehoben wird und weiter, ob im Falle, wo eine Einwilligung gar nicht nachgesucht wird, eine Schadenersatzpflicht entstehen kann. Es wird, wie gesagt, die Ansicht vertreten, daß, falls die Einwilligung zum Sperrbeschluß vom Kartellgericht erteilt ist, eine Schadenersatzklage in keinem Fall mehr Platz hat. M. E. übersieht man dabei, daß einmal hierdurch sämtliche Betroffenen vogelfrei wären, ferner, daß eine einmal erteilte Einwilligung nicht zurücknehmbar ist, daß mit anderen Worten die Wirkungen sich erst oft nach Jahren herausstellen können. Sehr mit Recht wird daher von anderen Schriftstellern[1]) die Ansicht vertreten, daß trotz erteilter Genehmigung ein Schadenersatz- und Unterlassungsanspruch auf Grund der §§ 823, 826 und 1004 BGB. möglich ist. Es ist nämlich nicht so, daß in jedem Falle dem Verbande nach Erteilung der Einwilligung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt, wenn man auch zugeben muß, daß in vielen Fällen durch die erfolgte Einwilligung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird. Die Tatsache allein, daß das Kartellgericht eine Maßnahme in ihrer Tragweite nicht erkannt und auf Grund dieser ungenauen Würdigung seine Einwilligung erteilt hat, kann nicht dahinführen, daß nunmehr der betroffene Abnehmer ohne Gegenwehr dem Ruin zum Opfer fallen muß. Es muß

[1]) Goldbaum, a. a. O. S. 162.

in einem solchen Fall ein Anspruch aus § 826 trotz erteilter Einwilligung gewährt werden. Hinzu kommt noch, daß die Einwilligung gemäß § 9, III auch dann als erteilt gilt, wenn der Vorsitzende sich nach Ablauf von drei Wochen zu dem Gesuch nicht geäußert hat. Daß eine Entscheidung von einer solchen Tragweite einfach fingiert wird, ist ein rechtlich unhaltbarer Zustand. Man muß demnach zur Ablehnung der Ansicht von Lehnich-Fischer[1]) und damit zu dem Ergebnis kommen, daß trotz Genehmigung des Sperrbeschlusses die Möglichkeit bestehen bleibt, daß ein Kartell Schadensersatz leisten muß. Was die weitere Frage angeht, so handelt es sich um die Möglichkeit einer Verpflichtung zum Schadensersatz, wenn eine Sperre verhängt wird, ohne daß vorher eine Einwilligung nachgesucht wurde. Die allgemein in der Literatur vertretene Ansicht, ein Beschluß, zu dem die Genehmigung verweigert wird, sei ohne weiteres als unerlaubte Handlung anzusehen, würde kartellpolitisch zu dem vom Gesetz gewiß nicht gewollten Ergebnis führen, daß ein Verband in Zweifelsfällen eine Einwilligung gar nicht erst nachsuchen würde, weil er dann doch wenigstens bei einer evtl. Schadensersatzklage nur dem Zivilgericht unterworfen wäre. Zweifel, ob die Einwilligung überhaupt erforderlich ist, können vielfach bestehen. Wenn ein Kartell eine Sperre verhängt, ohne sich um die Vorschrift des § 9 zu kümmern, so ist gerade in dem bewußten Unterlassen meist ein Verschulden zu erblicken. Liegt ein bewußtes Außerachtlassen der Vorschrift des § 9 vor, so ist in diesen Fällen eine Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823, II BGB. gegeben. Denn wenn erst eine Schadensersatzklage anhängig gemacht ist, kann der Rechtsstreit nicht ausgesetzt werden, bis das Kartellgericht entschieden hat, ob eine Sperre vorlag, sondern das hat das Zivilgericht selbst zu entscheiden.[2]) Dann wird dem Kartell der Umstand, daß er eine Genehmigung nicht nachgesucht hat, sehr ungünstig sein, da darin häufig ein Verschulden, zum mindesten Fahrlässigkeit zu erblicken ist. Es kann auch Fälle geben, wo der Verband mit Recht annehmen darf, daß eine Sperre im Sinne des § 9 nicht vorliegt. Es wäre Widersinn, ihm dann eine Nachsuchungspflicht aufzubürden; ebenso widersinnig wäre es, das Kartell zu zwingen, vor Fassung eines Beschlusses um Genehmigung nachzusuchen; denn vor Fassung eines Beschlusses ist gar nichts vorhanden, was vom Vorsitzenden genehmigt werden könnte.

§ 15. Die Ausdehnung der Kartellaufsicht auf alle wirtschaftlichen Vereinigungen und Einzelunternehmungen gemäß § 10 Kart.-Vo.

Außer den oben genannten §§ 4 und 9 Kart.-Vo., die nur auf Kartelle im engeren Sinne Anwendung finden können,

[1]) § 12 Anm. 4b.
[2]) Goldbaum § 9 Anm. 8 und Lehnich-Fischer § 12 Anm. 4.

ist für das Verhältnis von Produzentenverband zur Abnehmerschaft insofern § 10 Kart.-Vo. von allergrößter Wichtigkeit, als er die einzige Vorschrift ist, welche eine gewisse staatliche Kontrolle für sämtliche Wirtschaftsvereinigungen darstellt. Oft ist es als ein Unrecht gegenüber den Kartellen empfunden worden, daß Maßnahmen anderer Wirtschaftsverbände den einschneidenden Bestimmungen der Kart.-Vo. nicht unterliegen. Es läßt sich diese Einstellung des Gesetzgebers dem Kartell gegenüber m. E. nur so erklären, daß man auf Grund der langjährigen Untersuchungen des Verbandswesens und langatmigen Ausführungen in den verschiedenen Untersuchungsausschüssen[1]) zu dem Ergebnis gekommen war, daß die Kartelle in weitaus größerem Maße das Wirtschaftsleben beeinflussen als die übrigen kapitalistischen Konzentrationen. Die Entwicklung des Verbandswesens und die im Anschluß daran, zumal aus Anlaß des letzten deutschen Juristentages, erfolgten Reformvorschläge lehren, daß heute die vertikalen Konzentrationen, wie auch die monopolistischen Einzelunternehmungen, mindestens die gleiche Gefahr eines Mißbrauchs ihrer Machtstellung in sich tragen wie die Kartelle. Schon Delbanco[2]) weist darauf hin, daß die Kart.-Vo. sich ebensowenig gegen alle Kartelle richtet, wie sie auch nicht gegen Kartelle ausschließlich gerichtet ist. Sie gelte ebensosehr für Trusts und andere Vereinigungen, die in die Lage kämen, ihre Macht zu mißbrauchen. M. E. läßt er sich hierbei zu sehr von dem Namen der Verordnung beeinflussen und übersieht die Bedeutung und richtige Auslegung des § 1 Kart.-Vo. Lediglich § 10 gibt neben allgemeinen Rechtsnormen der Oeffentlichkeit ein Mittel in die Hand, sich von der mißbräuchlichen Macht der kapitalistischen Vereinigungen zu schützen. Voraussetzung für seine Anwendbarkeit ist einmal, daß im Gegensatz zu § 9 abgeschlossene Verträge vorliegen; eine der beiden Vertragsparteien muß eine „Unternehmung" sein, zweifellos ist ein gewerbliches Unternehmen gemeint.[3]) Auf die Art und Form der Unternehmung kommt es nicht an. Das Unternehmen bezw. der Zusammenschluß solcher muß eine wirtschaftliche Machtstellung innehaben. Das Gesetz gibt keine Definition für den Begriff „wirtschaftliche Machtstellung". Zweifellos hat ein Monopol eine solche wirtschaftliche Machtstellung, doch ist Monopolstellung nicht unbedingt Voraussetzung und würde den Begriff zu eng auslegen. Man kann m. E. eine wirtschaftliche Machtstellung dann als gegeben betrachten, wenn ein Unternehmen Konkurrenz etwa nur im Ausland hat oder wenn seine Konkurrenten lediglich kleinere weniger leistungsfähige Werke sind, mit anderen Worten, wenn das Unter-

[1]) Denkschrift des Reichsministeriums des Innern 1902 1905.
[2]) a. a. O. S. 9.
[3]) a. a. Haußmann-Hollaender S. 105.

nehmen kraft seiner Stellung innerhalb des Wirtschaftslebens einen nennenswerten Einfluß auf Preisbildung und Geschäftsbedingungen ausübt bezw. einen solchen Ruf genießt, daß der Abnehmer auf seine Ware nicht verzichten kann.[1]) Weiter engt das Gesetz den Kreis von Unternehmungen in § 10 Kart.-Vo. dadurch ein, daß sie Bedeutung für die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl haben müssen. Es bedarf keiner Frage, daß eine Unternehmung, welche die Fabrikation oder den Handel irgend eines kostspieligen Luxusartikels oder Genußmittels monopolisiert, durch Auferlegung noch so unbilliger Geschäftsbedingungen weder die Gesamtwirtschaft noch das Gemeinwohl in irgend einer Weise gefährdet, es müßte sich vielmehr um einen Bedarfsartikel des täglichen Lebens handeln. Gegenstand der Bestimmung des § 10 sind Geschäftsbedingungen und Arten von Preisfestsetzungen, d. h. nicht sämtliche Geschäftsbedingungen, die ein Unternehmen im Einzelfall dem Lieferungsvertrag beifügt. Nur allgemeine Bedingungen, d. h. solche, die meist in Form von Formularen bekanntgegeben und zur Grundlage sämtlicher Geschäftsabschlüsse des Kartells gemacht werden, geben unter der Voraussetzung des § 10 dem Reichswirtschaftsminister das Recht, einzugreifen. Wenn ein Käufer ein Angebot, welches auf die der Offerte beigefügten Bedingungen eigens hinweist, annimmt, so ist es gleichgültig, ob er die Bedingungen wirklich kennt; da er Kaufmann ist, gilt das Geschäft als unter den Bedingungen abgeschlossen.[2]) Praktisch in Frage kommen, da die von Haußmann-Hollaender[3]) genannten Geschäftsbedingungen „typischer Art" selten die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährden werden, nur die Freizeichnung und anderweitige Haftungsbeschränkungen. Strittig ist die Frage, ob in der Ausnutzung der wirtschaftlichen Machtstellung ein subjektives Moment liegt. Lehnich-Fischer[4]) verneinen das m. E. ohne überzeugende Begründung. Den gleichen Standpunkt vertreten Haußmann-Hollaender[5]) und neuerdings auch Hempfing.[6]) Dagegen stehen Friedländer,[7]) Isay-Tschierschky[8]) und Goldbaum[9]) auf dem Standpunkt, daß das subjektive Moment notwendige Voraussetzung für die Anwendung des § 10 ist. Nach Goldbaum wohnt dem Begriff „Ausnutzung" das subjektive Moment inne, so daß er Zweifel für

[1]) Hempfing a. a. O. S. 151; Haußmann-Hollaender a. a. O. S. 105. ähnlich RGE. vom 8. 11. 26 in Jhrb. d. R. 1927 S. 24.
[2]) RGE. 105 S. 389.
[3]) a. a. O. S. 104.
[4]) a. a. O. S. 239.
[5]) a. a. O. S. 105.
[6]) a. a. O. S. 151.
[7]) a. a. O. S. 172.
[8]) a. a. O. S. 339.
[9]) a. a. O. S. 170.

ausgeschlossen hält. M. E. lassen sich Gründe gegen diese Ansicht nicht anführen. Dafür spricht u. a. eine Parallelerscheinung im BGB., nämlich die Bestimmung des § 138, II, wo ohne Zweifel unter Ausbeutung nur das bewußte Ausnutzen der Notlage zu verstehen ist. Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß Verträge zwischen Produzentenverband und Abnehmern Geschäftsbedingungen enthalten können, die auf Grund des § 10 Kart.-Vo. dem Reichswirtschaftsminister bezw. auf seinen Antrag hin dem Kartellgericht ein Recht zum Einschreiten geben, insofern, als auf seinen Beschluß hin die beanstandeten Geschäftsbedingungen oder Arten von Preisfestsetzungen hinfällig werden. Dabei ist die Anwendung des § 139 BGB. ausdrücklich erwähnt, was bedeutet, daß durch die Beanstandung bezw. Aufhebung einzelner Bedingungen nicht ohne weiteres das Gesamtverhältnis zwischen Produzentenverband und Abnehmern als gelöst zu betrachten ist.

§ 16. Verhältnis der Kart.-Vo. zu den allgemeinen Rechtsvorschriften.

Der Betrachtung über die einschlägigen Bestimmungen der Kart.-Vo. sei noch eine kurze Erörterung über das Verhältnis dieser Bestimmungen zu allgemeinen Rechtsvorschriften, soweit dies noch nicht geschehen, angeschlossen. Grundsätzlich ist zu bemerken, daß die Kart.-Vo. keine abschließende Regelung des Kartellwesens darstellt; vielmehr verlangt sie in manchen Punkten nach einer Ergänzung durch allgemeine Rechtsvorschriften. Es gibt aber auch mancherlei Bestimmungen, die mit denen der Kart.-Vo. kollidieren. In diesen Fällen fragt es sich, ob die eine Norm etwa als lex specialis der andern als lex generalis vorgeht oder ob beide nebeneinander gültig sind. Daß die Vorschriften der Kart.-Vo. nicht die Rechtsnatur einer lex spezialis haben, geht schon aus den vergleichenden Ausführungen bei Erörterung des Schadensersatzanspruchs bezüglich § 9 Kart.-Vo. hervor. Eine Kollision zwischen Bestimmungen der Kart.-Vo. und des BGB. besteht vor allem hinsichtlich der §§ 4, 9 und 10 Kart.-Vo. gegenüber der §§ 138 und 826 BGB. Die Begriffe Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft sind nicht identisch mit dem der guten Sitten. Das besagt, daß eine direkte Konkurrenz nicht besteht, daß vielmehr die §§ 138 und 826 BGB. sehr wohl neben den §§ 4, 9 und 10 Kart.-Vo. ihre Gültigkeit behalten und oft genug zur Anwendung kommen. Im einzelnen ist noch zu sagen: der Begriff der Nichtigkeitserklärung im § 4 Kart.-Vo. ist grundsätzlich verschieden von dem der Nichtigkeit im § 138 BGB. Während die Nichtigkeit des § 138 eine Wirkungslosigkeit ex tunc erzeugt, hat die Nichtigkeitserklärung des § 4 nur eine Wirkung ex nunc, d. h. von der Beschlußverkündigung an zur Folge. Mit anderen Worten setzt § 4 einen gültigen Vertrag oder Beschluß voraus, während

bei vorliegender Nichtigkeit im Sinne des § 138 BGB. eine Anwendung des § 4 gar nicht mehr in Frage kommen kann. § 826 BGB. wird von § 4 Kart.-Vo. überhaupt nicht berührt, da dieser überwiegend öffentlich-rechtliche, § 826 BGB. dagegen nur privat-rechtliche Ansprüche zum Gegenstand hat. Das Verhältnis des § 9 Kart.-Vo. zu den Vorschriften des BGB. fand schon eingehende Berücksichtigung, einmal betrafen die dortigen Ausführungen die Frage, ob § 9 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823, II sei, was bejaht wurde, wobei die Schadensersatzpflicht aber an die Voraussetzung des subjektiven Verschuldens geknüpft wurde. Die auf Grund des § 826 BGB. von der Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätze sind durch die Kart.-Vo. keineswegs beseitigt, vielmehr vom Kartellgericht bei Prüfung der Voraussetzungen des § 9 grundsätzlich übernommen worden. Besondere Schwierigkeiten bietet das Verhältnis des § 10 Kart.-V. zu § 138 BGB. Eine Gleichstellung ist nicht am Platze. Oft ist die Frage Gegenstand höchstgerichtlicher Untersuchungen gewesen, ob Verträge, welche unter Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellung zustande gekommen sind und sich als eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft darstellen, nach § 138 als nichtig anzusehen sind.[1]) Folgende Berührungspunkte ergeben sich: die fraglichen Bedingungen müssen in beiden Fällen zum Gegenstand der Verträge gemacht sein; in beiden Fällen muß das subjektive Moment der Ausnutzung vorliegen, wobei zu bemerken ist, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht unbedingt auf beiden Vertragsseiten gegeben sein muß. Es ist die Frage berechtigt, ob § 10 Kart.-Vo. denselben Tatbestand betrifft wie § 138 BGB., oder ob nicht doch wesentlich andere Tatbestände vorliegen. Der Unterschied liegt darin, daß § 10 Kart.-Vo. den Abschluß gültiger Verträge voraussetzt; denn ein Rücktrittsrecht von an sich nichtigen Verträgen ist sinnlos. § 138 dagegen verlangt, daß der Abschluß des Einzelvertrags die guten Sitten verletzt, während § 10 voraussetzt, daß einmal eine Anzahl von Verträgen vorliegt, daß ferner eine in diesen Verträgen wiederholte Anwendung der betreffenden Geschäftsbedingungen das Gemeinwohl gefährdet. Es kann der Einzelvertrag sehr wohl den guten Sitten entsprechen, so daß eine Anwendung des § 138 für ihn nicht in Frage kommt, während die Klausel über die Geschäftsbedingungen im allgemeinen die Gefährdung des Gemeinwohls im Gefolge haben kann und damit § 10 zur Anwendung kommt. Wenn aber auch in jedem Einzelfalle die Klausel das Rechtsgeschäft zu einem sittenwidrigen macht, so finden nicht § 10 und § 138 Anwendung, sondern lediglich als die weitergehende Vorschrift § 138. Das Kartellgericht hat nicht die Einzelverträge hinsichtlich ihrer Sittenwidrigkeit zu prüfen, sondern nur zu

[1]) Kullmann, Kart.-Rdsch. 1929, S. 522.

untersuchen, ob die fraglichen Geschäftsbedingungen bezw. Arten von Preisfestsetzungen im allgemeinen geeignet sind, das Gemeinwohl zu gefährden. Ein weiterer Unterschied zwischen § 10 und § 138 liegt in dem verschiedenen Zeitpunkt; § 138 kommt nur dann zur Anwendung, wenn seine Voraussetzungen zurzeit des Vertragsabschlusses vorliegen, während nach § 10 die Feststellung der Gefährdung des Gemeinwohls unabhängig ist von dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Ist zurzeit des Abschlusses keine sittenwidrige Gefährdung vorhanden, tritt eine solche aber durch Aenderung der Wirtschaftsverhältnisse nachträglich ein, so kann in einem solchen Fall § 138 nie Anwendung finden, wohl aber § 10. Praktisch bedeutet das Nebeneinanderbestehen der beiden Paragraphen, daß, falls das Kartellgericht einen Ausspruch gemäß § 10 ablehnt, das ordentliche Gericht dennoch auf Grund von § 138 BGB. die Nichtigkeit des Einzelvertrages feststellen kann. Selbst wenn beiden Gerichten gleiche Tatbestände vorliegen, so bedeutet die Ablehnung durch das Kartellgericht nicht, daß der Einzelvertrag nicht doch noch unter Umständen die guten Sitten verletzt, sondern nur, daß nach Ansicht des Kartellgerichts die mehreren Verträgen zugrunde liegenden Geschäftsbedingungen das Gemeinwohl und die Gesamtwirtschaft zu schädigen nicht geeignet sind.

V. Teil.

§ 17. Die Verhältnisse in der deutschen Linoleumindustrie als Beispiel.

Die Verhältnisse der deutschen Linoleumindustrie mögen als Beispiel die bisherigen Ausführungen erläutern. Zunächst ein kurzer Ueberblick über die Entstehungsgeschichte der deutschen Linoleumindustrie: sie beginnt mit dem Jahr 1880, als Bremer Kaufleute beschlossen, eine Linoleumfabrik in Delmenhorst zu gründen. Daß nicht Bremen, sondern das damals noch unentwickelte Delmenhorst zum Standort dieser völlig neuen Industrie ausersehen wurde, hatte seinen Grund darin, daß Delmenhorst Sitz einer beachtlichen Korkindustrie war, deren Abfälle einen wichtigen Rohstoff für die Linoleumfabrikation bilden. Im Herbst 1882 entstand die erste deutsche Linoleumfabrik, die spätere Hansa-Werke A.-G. in Delmenhorst, in den folgenden Jahren wurden dann weitere Fabriken in Delmenhorst, Velten, Köpenick, Maximiliansau und Bietigheim bei Stuttgart gegründet. Der Aufstieg ist für die deutsche Linoleumindustrie nicht leicht gewesen. Ein scharfer Konkurrenzkampf entspann sich Anfang dieses Jahrhunderts, in dessen Verlauf mehrere der genannten Werke ihre Selbständigkeit einbüßten; auch die aus diesem Kampf als Sieger hervorgehenden Unternehmungen hatten schwere Verluste zu verzeichnen. Das Bestreben nach Zusammenlegung war demnach sehr verständlich. Der Gedanke fand auch bald Verwirklichung, als im Jahre 1910 eine Konvention zustande kam, die unter wechselvollem Schicksal — 1919 wurde die „Vereinigung deutscher Linoleumfabriken" und 1924 der „Verband deutscher Linoleumfabrikanten E. V." ins Leben gerufen — bis in die Nachkriegsjahre bestanden hat. Es handelte sich hierbei um eine lockere Preiskonvention. Durch den Krieg und seine Folgeerscheinungen wurde die deutsche Linoleumindustrie stark bedrängt. Im Krieg war es das Ausbleiben der aus dem Ausland zu beziehenden notwendigen Rohstoffe, was zur völligen Stilllegung führte. Dem im Jahre 1920 erfolgten Wiederbeginn der Fabrikation stellten sich heftige Schwierigkeiten entgegen; einmal war es die gefährliche Auslandskonkurrenz, dann aber auch die entsetzliche Kapitalarmut und die damit verknüpfte äußerst geringe Kaufkraft in Deutschland. Eine noch so starke

Kartellierung genügte nicht, dem Verfall entgegenzuarbeiten. Aus dieser Erkenntnis heraus kam es im Herbst 1926 zu einem völligen Zusammenschluß der größten deutschen Linoleumunternehmungen, welchem als einziger Außenseiter nur die Rheinischen Linoleum-Werke A.-G. in Bedburg nicht angehören. Diese Vereinigung ist kein Kartellvertrag im Sinne des § 1 Kart.-Vo., vielmehr stellt sie eine kapitalistische Verschmelzung dar, welche als Fusion eine juristische Einheit bildet. In dieser Form besteht die Fabrikantenvereinigung heute noch. Es sei nun noch kurz erwähnt, daß im Jahre 1928 die Entwicklung in Deutschland und in anderen Ländern des europäischen Kontinents über die Landesgrenzen hinausging. Dem Gedanken einer weiteren Rationalisierung und Zentralisierung Rechnung tragend, schlossen die in der deutschen Linoleum-Werke A.-G. zusammengefügten deutschen Linoleumunternehmungen einen Interessengemeinschaftsvertrag mit einem Schweizer und einem schwedischen Werk. Den Weg, den die deutschen Werke 1926 gegangen waren, konnte dieser internationale Zusammenschluß nicht gehen, weil zur Fusionierung gemäß des § 305 ff. HGB. ein einheitliches internationales Aktienrecht nötig gewesen wäre, was aber bis zum heutigen Tage nicht besteht. Die Abnehmer hatten der immer stärker anwachsenden Macht der Linoleumindustrie nicht tatenlos zugesehen. Um ihre Selbständigkeit nicht ganz zu verlieren und zu Agenten der Fabrikanten herabgedrückt zu werden, schlossen sich die Händler im Jahre 1925 zu dem „Verband deutscher Linoleumhändler E. V." in Leipzig zusammen; er ist die Spitzenorganisation der einzelnen Bezirksvereine, die meist auch in der Form eines E. V. bestehen; doch handelt es sich nicht um einen völligen Zusammenschluß sämtlicher Händler, auch übt der Verband weder auf seine Mitglieder noch auf die Außenseiter einen namhaften Druck aus, vielmehr stellt die Händlervereinigung lediglich einen Interessenverband dar, dessen Aufgabe es ist, im Verhandlungswege mit der Industrie die Interessen der Händler wahrzunehmen. In den Statuten heißt es wörtlich: „Der Verband bezweckt, die Interessen des deutschen Linoleumhandels zu vertreten; seine Hauptaufgabe ist, die Verhandlungen mit der Vereinigung der deutschen Linoleumfabrikanten zu führen . . ."

Bei der Betrachtung der Rechtsbeziehungen zwischen Linoleumfabrikanten und ihren Abnehmern ist die Zeit vor Gründung der Fusion (Herbst 1926) von der späteren zu trennen. Vorweg sei über den augenblicklichen Zustand bemerkt, daß sich das Reichswirtschaftsministerium, getragen von dem Gedanken, eine Preissenkung kartellierter oder durch sonstige feste Preise gebundener Markenartikel zu fördern, sich u. a. auch eingehend mit der Linoleumware befaßt hat. Den Anlaß zu einer solchen Untersuchung gab eine größere Anzahl von Beschwer-

den seitens der Verbraucher und Händler. Die langwierigen Verhandlungen zwischen dem Reichswirtschaftsministerium und der deutschen Linoleumindustrie führten zu dem Ergebnis, daß ab 1. September 1930 sämtliche Händler aus ihrer Reversverpflichtung gegenüber der Industrie entlassen wurden und somit jegliche Bindung der Abnehmer aufhörte.

Die rechtliche Natur der 1910 gegründeten Konvention ist wegen der außerordentlich verworrenen Verhältnisse und der damit aus wirtschafts- und steuerpolitischen Gesichtspunkten verknüpften Unklarheiten, schwierig festzustellen. Sie hat bis zu der im Jahre 1926 erfolgten Gründung der Fusion des öftern ihre Rechtsform und ihre Firma geändert. Jedenfalls war sowohl die seit 1919 bestehende „Vereinigung deutscher Linoleumfabrikanten", wie auch der am 9. September 1924 gegründete „Verband Deutscher Linoleumfabrikanten E. V. Oldenburg" ein Kartell im Sinne des § 1 Kart.-Vo.: die einzelnen Unternehmungen hatten ihre rechtliche Selbständigkeit behalten, der Zusammenschluß stellte somit keinen Trust dar, wie früher irrigerweise angenommen wurde; auch bestand keine einheitliche Betriebsorganisation oder Gewinnverteilung, d. h. der Verband war keine Interessengemeinschaft. Gegen die Annahme, daß es sich um ein Kartell handelte, könnte man allenfalls das eventuelle Fehlen der monopolistischen Tendenz anführen. Die Umstände weisen aber darauf hin, daß der Verband neben bloßer Interessenvertretung in gewissem Umfang auch eine Marktbeherrschung erstrebte. Auch eine Entscheidung des RG vom 9. Januar 1928[1]) geht davon aus, daß der Verband deutscher Linoleumfabrikanten ein Kartell ist; denn andernfalls könnte die dort zum Gegenstand der Untersuchung gemachte Anwendung des § 9 nicht in Frage kommen. Zwischen dieser Produzentenvereinigung und der Abnehmerschaft bestanden gewisse rechtliche Beziehungen. Die Vereinigung wie auch nachher der Verband gewährten ihren Abnehmern eine Umsatzvergütung; es handelte sich um einen Großabnehmerrabatt, der von der Erreichung einer untersten Grenze abhängig gemacht wurde und prozentual mit dem Umsatz stieg. Errechnet wurde der Sonderrabatt auf Grund der Abschlüsse, die ausschließlich mit den Verbandsfabrikanten getätigt wurden; rechtlich stellt sich diese Abmachung als bloße Umsatz-Bonifikation oder Mengenrabatt bei im übrigen freier Bezugsmöglichkeit dar. Sie ist ihrem Wesen nach keine Sperre im Sinne des § 9 Kart.-Vo., obgleich sie von einem Kartell gewährt wird; hierzu müßte mindestens neben der Höhe des Umsatzes der ausschließliche Verbandsverkehr als Bedingung für die Rabattgewährung gefordert werden. Auch einen Nachteil ähnlicher Bedeutung stellt die Umsatzvergütung in der hier vorliegenden Form nicht

[1]) In Kart. Rdsch. 1928, S. 152.

dar; denn die Rabattgewährung läuft nicht auf die Ablehnung oder ihr gleichstehende wesentliche Erschwerung des Geschäftsverkehrs zwischen Verband und Abnehmer hinaus. Es ist nicht so, daß die Abnehmer, die nicht bei dem Verbande, sondern einer Außenseiterfabrik ihre Ware beziehen, durch Verzicht auf den Großabnehmerrabatt sich selbst derartig schädigen, daß sie nicht konkurrenzfähig wären. Die gleichen Erwägungen sind anzustellen bei der Frage, ob die Gewährung des Großabnehmerrabatts die guten Sitten verletze. Auch das ist ohne Bedenken zu verneinen; es handelt sich lediglich um eine gewisse Preisunterbietung, die jedem Kaufmann, sowohl dem einzelnen, wie einem Verbande, gestattet ist; sie kann demnach auch keinen Verstoß gegen das Gesetz betreffend den unlauteren Wettbewerb bedeuten. Einer späteren Zeit, aber noch der Zeit vor Gründung der Fusion, gehört folgende Abmachung an, die in dem „Verband deutscher Linoleumhändler E. V., Leipzig", zusammengeschlossene Händlerschaft setzte im Einvernehmen mit der Industrie die Preise für Linoleum und für die Nebenleistungen fest. Die Industrie, d. h. das Kartell, verpflichtete seinerseits die Abnehmer, diese von den Händlern festgesetzten Preise und Bedingungen nicht zu unterbieten und zwang sie, unter Androhung der Nichtlieferung bei Verstößen, sich dem von der Händlerschaft eingerichteten Schiedsgericht zu unterwerfen. Zweifel darüber, daß es sich um einen Vertrag oder Beschluß im Sinne des § 1 Kart.-Vo. handelt, können m. E. nicht auftreten. Fraglich ist aber, ob auf Grund derartiger Abmachungen der Reichswirtschaftsminister gemäß § 4 Kart.-Vo. eingreifen kann. Eine doppelte Gefahr liegt in dem hier genannten Preisfestsetzungssystem. Die eine besteht darin, daß die Händler selbstverständlich das natürliche Bestreben haben, die Preisaufschläge möglichst reichlich zu bemessen. Die zweite liegt darin, daß die Schiedsgerichtsbarkeit, welche in Händen einseitig vom Verband der Händler eingesetzter Schiedsgerichte ruht, dem Abnehmer gegenüber nicht genügende Unparteilichkeit aufweist. Der Kernpunkt des Problems ist die Frage, ob der doppelte Zwang auf die Abnehmer, einmal die Preise nicht zu unterbieten, weiter sich einem öffentlichrechtlich der Unparteilichkeit mangelnden Schiedsgericht zu unterwerfen, die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zu gefährden geeignet ist, was m. E. zu verneinen ist. Nicht zu leugnen ist die Tatsache, daß durch die Androhung der Nichtbelieferung ein gewisser wirtschaftlicher Zwang auf die Abnehmer ausgeübt wird. Andererseits aber darf man nicht verkennen, daß die Preise von dem Händlerverband festgesetzt wurden, zwar im Einvernehmen mit der Industrie. Sicherlich wurden bei der Preisfestsetzung alle Momente berücksichtigt, die üblicherweise zu berücksichtigen sind; die Preise werden so gestellt gewesen sein, daß der Abnehmer nicht nötig hatte, sie zu unterbieten. Unter solchen Umständen

stellt ein Unterbieten leicht ein Preisschleudern dar. Das Kartell mußte die scharfen Zwangsmaßnahmen ergreifen, um sich vor solchen Schleuderern zu schützen. Da im übrigen, selbst wenn die Sachlage nicht der hier vertretenen Ansicht entsprach, immer noch ein sehr leistungsfähiger Außenseiter, „die Rheinische Linoleum-Werke A.-G.", bestand, kann man auch von diesem Gesichtspunkt aus nicht zu der Annahme einer Gefährdung des Gemeinwohls kommen. Aus den gemachten Ausführungen geht schon hervor, daß die Zwangsmaßnahmen des Fabrikantenverbandes weder für die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl, noch für den einzelnen eine Gefährdung bezw. eine solche Erschwerung des Geschäftsverkehrs brachte, der auf eine Sperre hinauslief. Mit anderen Worten konnte auch § 9 Kart. Vo. nicht zur Anwendung kommen. Ob die Maßnahmen des Verbandes, wenngleich in ihnen keine genehmigungspflichtige Sperre oder sperrähnliche Nachteile zu erblicken waren, dennoch einen Schadensersatzanspruch oder eine Unterlassungsklage gewährten, hing davon ab, ob der ausgeübte Zwang nach den auf Grund der §§ 138, 826 BGB. herausgebildeten Grundsätze einen Verstoß wider die guten Sitten enthielt. M. E. ist diese Frage zu verneinen. Im Einzelfall mag zwar eine solche Verletzung der guten Sitten möglich gewesen sein. Vom 1. August 1926 ab wurde der Preisschutz, dessen Durchführung bis dahin in den Händen der organisierten Händlerschaft gelegen hatte, auf eine andere Basis gestellt. Nach diesen neuen Bestimmungen setzt der Produzentenverband, damals noch ein Kartell, die Handelsaufschläge fest. Die Schiedsgerichtsbarkeit wurde dahin abgeändert, daß Bezirksschiedsgerichte eingerichtet wurden, die sich wie folgt zusammensetzten: den einen Schiedsrichter wählt der beschuldigte Händler, den zweiten bestellt die Linoleum-Wirtschaftsstelle G. m. b. H. in Oldenburg, eine eigens zum Zweck der Durchführung des Preisschutzes von dem Verband deutscher Linoleumfabrikanten errichtete unparteiische Stelle. Die beiden Schiedsrichter wählen sich ihren Obmann und, falls sie sich nicht einigen, bestellt ihn die zuständige Handelskammer. Diese Bestimmungen sind auch nach Gründung der Fusion in Geltung geblieben. Ueber die Linoleumwirtschaftsstelle sei noch folgendes bemerkt: im Juli 1926 haben die damals noch selbständigen einzelnen Unternehmer den Gesellschaftsvertrag geschlossen. Die Firma lautet „Linoleumwirtschaftsstelle G. m. b. H., Oldenburg", Gegenstand ist: die Wahrung der Interessen der deutschen Linoleumindustrie. Gesellschafter waren bei Gründung die einzelnen Mitglieder des Fabrikantenverbandes, später die „Deutsche Linoleumwerke A. G." und die „Deutsche Linoleumunternehmungen A. G.", eine zu Zwecken der beabsichtigten Fusion gegründete Holdinggesellschaft. Nach Fusion der beiden letztgenannten ist heute die „Deutsche Linoleumwerke A.-G." die alleinige Gesell-

schafterin der G. m. b. H. Das Problem der Einmanngesellschaft scheidet aus unserer Betrachtung aus. Was das Verhältnis des Abnehmers zum Produzentenverband seit der Gründung der Wirtschaftsstelle betrifft, ist folgendes zu bemerken: die Lieferung von Linoleum der Deutschen Linoleumwerke, soweit sie dem Verband und später der Fusion angehören, wird von der Unterzeichnung eines Verpflichtungsscheines abhängig gemacht. Die hier interessierenden Bestimmungen lauten: „Ich verpflichte mich gegenüber der Linoleumwirtschaftsstelle zur unbedingten Innehaltung der von ihr oder ihren Rechtsnachfolgern herausgegebenen jeweils gültigen Preise und Bedingungen. Die mir bekanntgegebene Schiedsgerichtsordnung erkenne ich als für mich bindend an und unterwerfe mich unter ausdrücklichem Verzicht auf den ordentlichen Rechtsweg dem etwaigen Urteilsspruch eines auf Grund dieser Schiedsgerichtsordnung eingesetzten Schiedsgerichts. Für den Fall, einer vom Schiedsgericht festgestellten Zuwiderhandlung gegen die von mir in diesem Verpflichtungsschein übernommenen Verpflichtungen habe ich eine Vertragsstrafe zu zahlen, deren Höhe von den schiedsgerichtlichen Instanzen festgesetzt wird."

Die von dem Abnehmer durch Unterzeichnung eines Reverses anerkannten Bedingungen enthalten u. a. die Bestimmung, daß als Umgehung der Verkaufsverpflichtungen anzusehen sind „Zugaben, Rabatte, Rückvergütungen, billigere Abgabe anderer Waren oder sonstige Vergünstigungen irgend welcher Art". Ueber die Vertragsstrafe heißt es, „sie beträgt das eineinhalb- bis sechsfache des vorgeschriebenen Bruttohändlerzuschlags auf den Einstandspreis der gesamten angebotenen oder verkauften Ware". Daraus geht hervor, daß schon ein Angebot zu niedrigeren Preisen den Reversverpflichteten vertragsbrüchig macht.

Bis zur Gründung der Fusion gingen die Bedingungen von dem Verband deutscher Linoleumfabrikanten, d. h. von einem Kartell aus. Sie unterlagen also den Vorschriften der Kartellverordnung; es fragt sich, ob in dem oben abgedruckten Revers eine Maßnahme zu sehen ist, die einmal die Allgemeinheit gefährdet, mit anderen Worten unter § 4 Kart.-Vo. fällt, oder dem Einzelabnehmer die Existenzfähigkeit zu nehmen droht, mithin von der Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts abhängig ist. Der Abnehmer wird unter Androhung des Ausschlusses gezwungen, vom Fabrikantenverband festgesetzte Preise und Bedingungen einzuhalten. Er darf die Preise in keiner Weise unterbieten, auch die Festsetzung der Preise für Nebenleistungen ist nicht in sein Belieben gestellt. Man geht darin soweit, daß er selbst andere von ihm geführte Ware nicht billiger abgeben darf. Es ist beispielsweise einem Händler, der neben Linoleum auch Tapeten und Teppiche führt, versagt, beim

gemeinsamen Verkauf von Linoleum und Teppichen dem Konsumenten diese zu einem Vorzugspreis abzugeben. Schon ein Angebot solchen Inhalts setzt den Händler der Gefahr aus, eine Vertragsstrafe zahlen zu müssen, die im Einzelfalle recht empfindlich sein kann. Es waren gewiß äußerst einschneidende und scharfe Maßnahmen, die vom Produzentenverband zum Schutze seiner Preise ergriffen wurden. Dennoch war hiermit m. E. eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls nicht verknüpft, weil die Wirkungen keine größeren Kreise zogen, so daß ein Eingreifen des Reichswirtschaftsministers auf Grund des § 4 Kart.-Vo. nicht in Frage kommen konnte. Auch die Annahme einer Sperre oder eines sperrähnlichen Nachteils gemäß § 9 Kart.-Vo. entfällt einmal aus dem oben schon erwähnten Gesichtspunkt heraus, daß neben dem Verband ein starker, leistungsfähiger Außenseiter bestand, und daß ferner der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit schwerlich verletzt sein dürfte. Es wurde kein Händler gezwungen, den Revers zu unterschreiben, er konnte ebensogut seine Ware beim Außenseiter beziehen. War das etwa wegen allzu großer Entfernung für ihn mit zu großen Kosten verknüpft, so daß er die Ware dann hätte so hoch verkaufen müssen, daß er gegenüber den Händlern von Kartellware nicht mehr konkurrenzfähig geblieben wäre, könnte im Einzelfall in der Maßnahme des Kartells ein sperrähnlicher Nachteil erblickt werden; denn nämlich, wenn sie einen Händler mit nur mäßigem Umsatz traf, der, weil seine Kundschaft lediglich arme, kaufschwache Leute waren, das Linoleum nur zu niedrigeren Preisen absetzen konnte. Die Praxis der Schiedsgerichte wie auch des Kartellgerichts und des RG. beweist, daß derartige Fälle nur äußerst selten vorgekommen sind. Der Zusammenhang, der zwischen § 9 Kart.-Vo. und den §§ 138, 826 BGB. besteht, läßt auch an dieser Stelle zu dem Ergebnis kommen, daß nur im Einzelfall unter ganz besonderen Umständen die Durchführung der Reversverpflichtungen eine Verletzung der guten Sitten bedeutete. Die strengen Bedingungen richten sich vornehmlich an Händler mit großem Umsatz, die immer bestrebt sein werden, durch Unterbietung größere Aufträge zu erhalten. Wenn dagegen etwa ein Kleinhändler oder Handwerker den Revers unterschreibt, ohne die Tragweite seiner Unterschrift erkannt zu haben — er hat weder den Revers noch die langen Verkaufsbedingungen wie die Bestimmungen der Schiedsgerichtsordnung durchgelesen —, so ist, falls er unbewußt die Verpflichtungen nicht einhält, eine Bestrafung dieses Mannes zweifellos dann eine unbillige Härte, wenn er durch die Zahlung der Vertragsstrafe zum Ruin geführt wird. Doch wird selbst in einem solchen Falle das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit meist fehlen, so daß ein Schadenersatzanspruch dem Abnehmer nur in seltenen Fällen gewährt wird.

Die Gründung der Fusion hat insofern eine Aenderung gebracht, als die Anwendung der §§ 4 und 9 Kart.-Vo. eo ipso ausgeschlossen ist. Bezüglich der Anwendung der allgemeinen Rechtsvorschriften des BGB. ist keinerlei Aenderung eingetreten. Hinzu kommt noch die Vorschrift des § 10 Kart.-Vo. Wie oben bemerkt, findet § 10 auf alle Verträge Anwendung, die von irgend einer wirtschaftlichen Zusammenfassung oder monopolistischem Einzelunternehmen abgeschlossen werden, er macht also keinen Unterschied zwischen Kartellen und anderen Wirtschaftsvereinigungen. Ihm ist demnach auch die „Deutsche Linoleumwerke A.-G.", wie sie heute besteht, unterworfen. Die von der Linoleumwirtschaftsstelle für die „Deutsche Linoleumwerke A.-G." herausgegebenen Geschäftsbedingungen sind gewiß allgemeiner Art, so daß sie den Erfordernissen des § 10 entsprechen. Auch wird man kein Bedenken haben, der Fusion eine wirtschaftliche Machtstellung zuzuschreiben. Zweifelhaft ist dagegen, ob durch diese Geschäftsbedingungen die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdet werden. Es sei hier darauf hingewiesen, daß gerade im letzten Jahr die Preisbildung in der Linoleumindustrie des öfteren das Reichswirtschaftsministerium beschäftigt hat. Dieses stellte sich dabei auf den Standpunkt, daß die Preisbindung, insoweit sie auf Artikel und Leistungen anderer Wirtschaftsgruppen übergreift — gemeint sind die Nebenleistungen für das Verlegen usw. —, in der heutigen Zeit keinesfalls berechtigt ist. Die Ansicht der Industrie, daß ein Preisschutz ohne Einbegreifen der Nebenleistungen insofern sinnlos wäre, als minderwertige Leistungen auf diesem Gebiet eine zerstörende Wirkung auf das Linoleum ausüben könnten und das Publikum hiervor zu schützen sei, ließ das Ministerium nicht gelten. Die Auffassung des Reichswirtschaftsministeriums würde wohl zur Anwendung des § 10 Kart.-Vo. geführt haben, wenn nicht, wie eingangs bemerkt, die mit der Anwendung des § 10 zwangsläufig verknüpfte, ins einzelne gehende drohende Diskussion in der Oeffentlichkeit und in der Presse die Leitung des Produzentenverbandes veranlaßt hätte, die bestehenden Preisbindungen am 1. September 1930 aufzuheben. Sicherlich wird auch die inzwischen ergangene Notverordnung der Reichsregierung vom 26. Juli 1930 diesen Entschluß beeinflußt haben, da nach ihr die Regierung in die Lage gesetzt war, im Einzelfall die Bindung der Wiederverkaufspreise kurzerhand zu untersagen.[1])

[1]) Als Quellen zu diesem Teil haben dem Verfasser die Berichte der Generalversammlungen der „Deutschen Linoleum-Werke A.-G." gedient.